

באופן עקרוני אדם אחראי לתוצאות התנהגותו אם הוא הפר את חובת הזהירות שלא להזיק לזולת או לרכושו, כאשר חלה עליו חובת זהירות כזו, ובתנאי שמדובר במצב אשר בני אדם היו חוזים באופן רגיל שהוא עלול לגרום נזק; אבל אם מרבית בני האדם לא היו חוזים מראש את ההתנהגות המסויימת כעלולה לגרום לנזק, ייראה הנזק כתקלה, ואין עליו אחריות.

בהלכה מצינו שלוש דרגות של הורגים בלא כוונת הריגה: ההורג בשגגה והעלמה גמורה, דינו שיגלה לערי המקלט; ההורג בשגגה הקרובה לאונס, כגון שאירע במיתת הנהרג מאורע פלא בניגוד לרוב המאורעות, דינו שפטור מן הגלות, וגואל הדם שהרגו נהרג עליו; ההורג בשגגה הקרובה לזדון, שיש בדבר כעין פשיעה, שהיה לו להיזהר ולא נזהר, דינו שאין הגלות מכפרת עליו, ואין ערי המקלט קולטות אותו, ואם מצאו גואל הדם בכל מקום והרגו, אינו נהרג עליו.¹

רשלנות רפואית² הוא מושג מודרני שאיננו מוכר ככזה בהלכה. המקבילה ההלכתית למושג זה הוא פשיעה.

מבחינה משפטית מוגדרת רשלנות כמעשה שאדם סביר ונבון לא היה עושה אותו באותן הנסיבות, או הימנעות ממעשה שאדם סביר ונבון היה עושה אותו באותן נסיבות, או שבמשלח יד פלוני

מוסמך ברפואה, אסור לו להשתמש בכינוי רופא 'הומיאופת'. כמו כן אסור לאדם שאיננו רופא מוסמך לעסוק בהומיאופתיה, כי זו דרך ריפוי, והיא מצריכה רופא מורשה. אכן, רופא מורשה רשאי לעסוק בהומיאופתיה, וכן רשאי רופא מורשה להפנות לטיפול הומיאופתי אצל אדם שאינו רופא מורשה עם הנחיות ברורות לטיפול, כפי שהדבר נעשה ביחס למקצועות פארא-רפואיים אחרים.³⁶⁶

על פי אותה דעה יש גם איסור לייצר ולספק תרופות הומיאופתיות, שכן הן אינן רשומות בפנקס התרופות המאושר על ידי משרד הבריאות.³⁶⁷

רצח מתוך רחמים – ראה ערך נוטה למות

רשיון רפואי – ראה ערך רופא

רְשָׁלוֹנוֹת רְפוּאִית

א. הגדרת המושג

מצינו בהלכה מושגים אחדים המתייחסים לפעולות או למחדלים הגורמים נזק לזולת: אונס, שגגה, תקלה, טעות, זדון, פשיעה.

על אחריותם המקצועית של מטפלים ברפואה משלימה ראה מאמרו של י. דייוויס, ספר היובל, 2001, עמ' 117 ואילך.

[1] רמב"ם רוצח ו א-ד. [2] medical malpractice; medical negligence

[366] מ. צור, הרפואה, קכב:137, 1992. [367] מ. צור, שם. על המצב המשפטי בישראל בשלהי המאה ה-20 ביחס לחלק מהטיפולים המשלימים ראה בהרחבה במאמר של ד. גלאובר, רפואה ומשפט, ספר היובל, 2001, עמ' 58 ואילך;

לא השתמש במיומנות, או לא נקט מידת זהירות, שאדם סביר ונבון וכשיר לפעול באותו משלח יד היה משתמש או נוקט באותן נסיבות. אם נהג אדם במעשה רשלני כזה, וגרם במעשהו הרשלני לנזק לזולתו, הרי שעשה עוולה³.

לא יידונו בערך זה העניינים הנוגעים לבית הדין/בית המשפט ולמדיניות החברתית, כגון גדרי הטיעון ונטל ההוכחה, פרטי הדרישות לקשר סיבתי בין הרשלנות לבין הנזק, וקביעת גובה הפיצויים.

ב. רקע היסטורי

בעת העתיקה – כבר בתקופה העתיקה היתה התייחסות לנזקים רפואיים שנגרמים על ידי רופאים תוך כדי טיפולם בחולים.

לפי חוקי חאמורבי⁴ צפוי היה הרופא לעונשים שונים (כגון כריתת זרועו הימנית), אם ביצע ניתוח שגרם למותו של החולה⁵.

לפי חוקי הפרסים הקדומים נענש מנתח על מותו של חולה כדין רוצח במזיד, אלא אם כן ביצע קודם לכן ניתוחים מוצלחים בשלושה בלתי מאמינים⁶.

גם בכמה מדינות אירופאיות קדומות היו עונשים חמורים נגד רופאים שגרמו למותם של חולים, ואף היו מקומות שהרופא שגרם למותו של חולה בניתוח נמסר לידי קרוביו של הנפטר שיעשו בו

סטיה התנהגותית מרמת זהירות סבירה, היינו מצב שאדם 'סביר' היה יכול לצפות את התוצאה הרעה שעלולה להיווצר כתוצאה ממעשה או מחדל זה, אך מבלי שהאדם העושה זאת היה מודע לעובדה שהתנהגותו לוקה בחוסר זהירות, והוא-עצמו לא צפה כלל לתוצאה כזו, ולעושה לא היתה כוונה לגרום לנזק, הרי זו התרשלנות; סטיה התנהגותית מרמת זהירות סבירה, תוך כדי ידיעה שהתנהגות לוקה בחוסר זהירות, הרי זו פזיזות.

בהקשר רפואי – רופא ייחשב כרשלן אם אין הוא חוזה מראש סיכונים שרופא 'סביר' במקצועו היה צופה אותם ומקדם את פניהם; רופא ייחשב כפזיז אם היה חוזה מראש שהטיפול הרפואי שהוא נותן לחולה כרוך בסיכון ממשי לחייו או לבריאותו, והוא נוטל על עצמו במודע סיכון כזה, כשהוא ער לכך שרופא סביר לא היה נוטלו.

בערך זה יידונו העניינים הנוגעים לרופא ביחס לרשלנות רפואית – העקרונות ההלכתיים והמשפטיים של רשלנות רפואית, הן בתחום האזרחי (דיני

[3] פקודת הנויקין (נוסח חדש), סעיף 35. וראה להלן ברקע המשפטי. [4] סעיפים 215-223. [5] ראה בספר – Preuss J, *Biblical and* 266 ואילך.

[6] ראה ע. יעקובוביץ, הרפואה והיהדות, עמ' 266 ואילך.

[3] פקודת הנויקין (נוסח חדש), סעיף 35. וראה להלן ברקע המשפטי. [4] סעיפים 215-223. [5] ראה בספר – Preuss J, *Biblical and* 266 ואילך.

כרצונם⁷.

ג. רקע עובדתי

לעומת זאת, רופאי יוון הקדומה נהנו מחסינות מוחלטת, ולא היתה עליהם שום אחריות משפטית, אפילו אם המתת החולה היתה יזומה⁸, אם כי אפלטון התנגד לחסינות של רופא שהמית במזיד⁹.

שכיחות טעויות רפואיות – מאז ומעולם ידועה העובדה כי אחוז לא מבוטל של טעויות רפואיות קורות תוך כדי טיפול בחולים, וכי טעויות אלו גורמות לנזקים בדרגות שונות.

גם רופאי רומא העתיקה נהנו מחסינות כמעט מוחלטת, אם כי במקרים שניתן היה להאשים רופא ברשלנות מסוכנת, הוא נידון למאסר, אם כי פליניוס התנגד למצב זה¹⁰.

בימי הביניים שלטו בדרך כלל החוקים המחמירים, ובמקום שחוקים כאלו לא הופעלו בעילות, היה ההמון מכלה נקמתו ברופא שלא הצליח בניתוח או בטיפול. במאה הט"ו למנין האומות עדיין נידון רופא למוות בשריפה על שנכשל בטיפולו באפיפיור יוהאן ה-22, וכאשר הוא נפטר, סרקו ידידי האפיפיור את בשרו של המנתח שלא הצליח להאריך את חייו. גורל דומה היה מנת חלקו של רופא החצר של איזואן השלישי הרוסי, שראשו הותז בפומבי בשנת 1490 למנין האומות, משלא הצליח לרפא את בנו של הדוכס הגדול¹¹.

מחלה או פגיעה גופנית או נפשית בחולה הנגרמת על ידי רופא כתוצאה מהטיפול הרפואי נקראת מחלה או פגיעה יאטרוגנית¹², והיא יכולה להיות כתוצאה משיקול דעת מוטעה, כתוצאה מרשלנות, כתוצאה מפזיזות, או כתוצאה מחוסר ידע. במאמר משנת 1964 דווח על 20% מכלל החולים שאושפזו בבית חולים אוניברסיטאי שסבלו מפגיעות יאטרוגניות, מתוכם 20% סבלו מנזקים חמורים ואף קטלניים¹³, ובמאמר מאוחר יותר נמצא כי 36% מכלל המאושפזים בבית חולים אוניברסיטאי סבלו מנזק יאטרוגני, מתוכם 2% 5 סבלו מנזקים חמורים ואף קטלניים¹⁴. בעבודה מקיפה על כל האשפוזים במדינת ניו-יורק נמצא כי כ-4% מהמאושפזים סבלו מנזק יאטרוגני משמעותי, שהאריך את אשפוזם, או שגרם להם נזק ניכר, ומתוכם כ-14% סבלו מנזקים קטלניים¹⁵. משמעות נתונים אלו היא, שבארה"ב נפגעים כל שנה 180,000

[7] הרפואה והיהדות, שם. [8] ראה פרויס, עמ' 29-30; ב.ל. גורדון, הרופא העברי, א-ב, 1959, עמ' 117. [9] ראה פרויס, שם. [10] הרפואה והיהדות, שם. [11] הרפואה והיהדות, שם. [12] מושג המורכב משתי מילים יווניות – iatros=מרפא; gennan=מקור, יצירה, היינו דבר שמקורו ויצירתו הוא על ידי המרפא.

ראה על התפתחות המושג והמצב הזה במאמר Faden AI and Sharpe VA, *Arch Neurol* – Schimmel EM, *Ann* [13] 51:1184, 1994 Steel K, et al [14] *Intern Med* 60:100, 1964 al, *N Engl J Med* 304:638, 1981 Brennan TA, et al, *N Engl J Med* [15] 324:370, 1991; Leape LL, et al, *N Engl J*

אנשים בפגיעות יאטרוגניות¹⁶. בשנת 1995 היו כמיליון אישפוזים בבתי חולים בישראל. לפי הנתונים האמריקאיים עולה, איפוא, כי כ-5000 מקרי מוות בישראל נבעו מתאונות רפואיות, ומתוכן כ-2500 מקרי מוות בשנה נגרמים בחלקם או המילואים מהתרשלות רפואית¹⁷. בעבודה מאוחרת יותר נמצא שבשני בתי חולים מהיוקרתיים ביותר בעולם נתגלו טעויות רציניות במתן תרופות לגבי 6.7% מהחולים. בסקירה של 30000 רשומים במדינת ניו יורק מצאו נזקים שנגרמו על ידי האשפוז ב-3.7% מכל האשפוזים, כאשר כמחצית מהם היו ניתנים למניעה ו-13.6% מהם גרמו למות החולה. ההערכה היא, שבארה"ב מתים כל שנה כ-12,000 אנשים מטעויות הניתנות למניעה¹⁸. כאשר בודקים את הסיבות לנזקים היאטרוגניים מתברר כי רובם נובעים מטעויות, ולפיכך הם בעצם ניתנים למניעה¹⁹. אכן, מחקרים מאוחרים יותר, על סמך חישובים סטטיסטיים מעודכנים יותר, הדגימו אחוזי טעות משמעותיים נמוכים יותר²⁰.

סוגים של טעויות – סוגי הטעויות הם מגוונים: טעויות במתן תרופות או במינון, טעויות ניתוחיות, טעויות באבחנה, טעויות בשיקול הדעת. אכן, יש לציין כי מרבית הטעויות לא מגיעות לכדי גרימת נזק ממשי לחולה, והם מגיעים לדיון ציבורי רק באותם מקרים שהטעויות גרמו נזק

לחולה.

אין ספק שטעויות קורות בכל מערכת אנושית, אך יש לשאוף להפחתת הטעויות עד כמה שניתן. יש מי שחישוב, שאם במערכות מסוימות היו עושים 0.1% טעויות, היו קורים הנזקים הבאים: 2 נחיתות אונס ליום בשדה התעופה בשיקאגו; 16,000 דברי דואר אבודים כל שעה בארה"ב; 32,000 המחאות מוטעות בבנקים בארה"ב כל שעה²¹.

סיבות לעלית השכיחות של תביעות רשלנות – מאז שנות ה-70 של המאה ה-20 נצפתה עליה משמעותית במספר התביעות בגין רשלנות רפואית נגד רופאים, עובדי בריאות אחרים, ומוסדות רפואיים. דבר זה נכון במיוחד בארה"ב, ולאחרונה אף בישראל, ופחות מפותח במדינות אירופה, ובוודאי במדינות העולם השלישי. בשנים 1985-1998 היו כממוצע 360 תביעות כל שנה על רשלנות רפואית במערכת האשפוז בישראל, שמהווים כ-60 תביעות למיליון תושבים לשנה²². ועדה בינמשרדית פרסמה בסוף שנת 2005 נתונים על תוצאות של 4500 תביעות רשלנות בישראל בשנים 1993-2002 כדלקמן: תיקי רשלנות רפואית שהתנהלו בבתי משפט השלום הסתיימו בפשרה ב-58%, ב-17% ניתנו פסקי דין מלאים, מתוכם ב-5% נדחתה התביעה וב-5% היא התקבלה במלואה, וב-15% מהמקרים

.Brook RH, *Ann Intern Med* 109:582, 1988
 Hayward RA and Hofer TP, *JAMA* [20] 286:415, 2001
 Leape LL, *JAMA* [21] 272:1851, 1994
 [22] ראה א. סהר, רפואה ומשפט גליון 27, עמ' 16 ואילך, 2002.

Leape LL, *JAMA* [16] 324:377, 1991
 [17] ר. שור ואח', הרפואה 272:1851, 1994
 קלג:145, 1997. [18] Berwick DM, et al, [19] *BMJ* 319:136, 1999
 Bedell SE, et al, [19] *JAMA* 265:2815, 1991; Dubois RW and

דעתם של חולים או בני משפחותיהם לדרוש מהרופאים הסברים על כשלונותיהם. היתה גם תקופה ממושכת שהרופאים ניהלו מעין 'קשר של שתקה', היינו סירבו להעיד בבתי המשפט כמומחים על רשלנותם של חבריהם למקצוע. בשנים האחרונות, בעיקר לאור ההתפתחות הרבה במדע הרפואה, חלה עליה ניכרת בציפיות של חולים ובני משפחותיהם מן הרפואה ומטיפוליה. במקביל חלה ירידה משמעותית במעמדו האישי של הרופא, התפתחה מערכת יחסים אוטונומיסטית בין הרופא לחולה²³, והשתררה אווירה כללית של תביעות משפטיות. כל זה הביא לעליה מסחררת בתביעות משפטיות בגין רשלנות רפואית, ועניין זה הוא כיום העילה השכיחה ביותר לדיוני בתי המשפט בתחום הרפואה והמשפט.

סוגי תביעות רשלנות – התביעות הן מגוונות מאד, ונוגעות כמעט לכל תחום רפואי. אכן, יש תחומים 'המועדים לפורענות' של תביעות נזיקין ותביעות פליליות בשכיחות גדולה יותר, והם בעיקר תחום המיילדות, התחום הניתוחי, ותחום ההרדמה. למשל בארה"ב בשנות ה-80 של המאה ה-20 78% מרופאי הנשים נתבעו לפחות פעם אחת, ו-37% נתבעו 3 פעמים ויותר²⁴. בישראל מהוות תביעות הרשלנות הקשורות ללידה כ-10% מסך התביעות בבית משפט, אך הן נחשבות לתביעות "היקרות" ביותר, ומהוות 42% מכלל הסיכון הביטוחי בתביעות רשלנות

נדרתה התביעה בהסכמת הצדדים; 81% מתיקי רשלנות רפואית בבתי משפט השלום נמשכים עד 3 שנים מיום הגשתם; סכום הפיצוי הממוצע בבתי משפט השלום היה 111,600 ש"ח. תיקי רשלנות רפואית שהתנהלו בבתי המשפט המחוזיים הסתיימו בפשרה ב-51%, ב-24% מהתיקים הסתיימו בפסק דין לגופו של עניין, כ-9% מהתיקים הסתיימו בדחיית התביעה לגופה, וכ-7% הסתיימו בקבלת התביעה כמלואה; ב-77% מהתיקים בבתי המשפט המחוזיים כערכאה ראשונה נמשכים הדיונים עד 4 שנים מיום הגשת התביעה, בעוד שב-60% מהתיקים בבתי המשפט המחוזיים כערכאת ערעור נמשכים הדיונים עד שנה; סכום הפיצויים הממוצע בבתי המשפט המחוזיים עמד על 838,000 ש"ח, ובתיקי הריון ולידה הוא עמד על 1,390,000 ש"ח. תיקי רשלנות רפואית שהתנהלו בבית המשפט העליון הסתיימו בפשרה ב-16% מהערעורים, ב-51% מהתיקים נדחה הערעור או נמחק, וב-23% מהתיקים הסתיימו הדיון בפסק דין מלא לגופו של עניין.

הסיבה לעליה תלולה זו איננה נאוצה בריבוי אובייקטיבי של מעשים רשלניים מצד הרופאים, אלא בשינויים חברתיים. בעבר התייחסו בני האדם לרפואה כמדע מוגבל ביכולתו, כאשר הציפיות מיכולת הריפוי היו מוגבלות, ולפיכך התייחסו החולים ובני משפחותיהם לסיבוכי הטיפולים כנתונים עובדתיים. כמו כן, לאור מערכת יחסים פטרנליסטית בין הרופא לחולה²³ לא עלה בדרך כלל על

1988; Ward CJ, *Am J Obstet Gynecol* 165:298, 1991.

[23] ראה ע' תורת המוסר הכללי הע' 104 ואילך. White KC, *Clin Obstet Gynecol* 31:141, [24]

רפואית²⁵.

השארות חפצים במקום הניתוח.

התעלמות מתסמינים שמצריכים שיקול דעת אחר, כגון נתונים המחשידים להתאבדות שלא נלקחו בחשבון; תסמינים המחשידים לדלקת חריפה של התוספתן שלא נלקחו בחשבון; איחור באבחנה נכונה למרות סימנים המחשידים לאבחנה כזו; התעלמות מנוכחות גוף זר באזורי גוף שונים; איבחון שגוי של מומי עובר בבדיקות אל-שמע.

הרופאים עומדים למבחן בתי המשפט הן ביחס לפעולות רפואיות שהם מבצעים, והן ביחס למחדלים בטיפולים שהם נמנעים מלבצע. התביעות נוגעות לטעויות באיבחון, לטיפולים שגויים (בין אם הטעות היא בבחירת שיטת הטיפול, או שהטעות היא בהפעלת אמצעי הטיפול), ולמחדלים בביצוע בדיקות עזר או מתן טיפולים.

הדוגמאות השכיחות לתביעות רשלנות נגד רופאים נוגעות למצבים הבאים:

אי ביצוע בדיקות עזר מתאימות לצורך אבחנה מבדלת, כגון אי ביצוע צילום טומוגרפי של המוח במצב של כאב ראש בלתי טיפוסי, שהתברר להיות גידול מוחי.

עיכוב בטיפולי חירום, כגון איחור בניתוח קיסרי שבגינו נגרם תשניק סב-לידתי של הוולד ונזק מוחי שארי; או עיכוב במתן אנטיביוטיקה בזיהום חמור, כמו דלקת קרום המוח, שהביא לנזק מוחי שארי.

אי-קבלת הסכמה מודעת של החולה או אפוטרופסו, או הליך בלתי תקין ובלתי מספיק של קבלת הסכמה מודעת, ועוד²⁶.

תכונות הרופאים הנתבעים — מחקרים אחדים בארה"ב מצאו תכונות אופייניות שונות של רופאים שנגדם הוגשו תביעות על רשלנות רפואית²⁷. יש שמצאו, כי התכונות של מנתחים ממקצועות כירורגיים שונים שלא היו כנגדם כמעט תביעות רשלנות היו, בין השאר, השלמת התמחות מלאה, שייכות למערכת קלינית-קבוצתית, וקשר דתי²⁸. במחקרים אחרים נמצא, כי רופאות נתבעות פחות מרופאים בנושאי רשלנות רפואית²⁹. לעומת זאת רופאים בעלי הכשרה מקצועית ארוכה יותר, או

שימוש בשיטות טיפול לא נכונות, או שימוש לא נכון בשיטות טיפול מתאימות, שהביאו לנזק או למוות, כגון עיקור שבעקבותיו חל הריון; החדרת התקן תוך-רחמי והריון בנוכחותו; ניתוח במקום אחד עם גרימת נזק באזור אחר; ניטור לא תקין של הרדמה כללית; החלטה על ניתוח והרדמה במצב שבו הסיכון של ההרדמה ו/או הניתוח גבוה מהסביר; ניתוח מיותר; טעויות במינון תרופות; החלפת תרופות.

Med 149:2190, 1989; Schwarz WB and Mendelson DN, *JAMA* 262:1335, 1989
Adamson TE, et al, *West J Med* 166:37, [28]
Sloan FA, et al, *JAMA* [29] .1997

[25] ראה מ. פייגין ואח', הרפואה קלט:329, 2000. [26] וראה עוד דוגמאות רבות בספרו של א. כרמי, הרופא, החולה והחוק, עמ' 83 ואילך. [27] ראה — Shapiro RS, et al, *Ann Intern*

את שאיפותיהם, ואת השקפת עולמם, וכן תחושת זלזול וחוסר התייחסות לדעות החולים ובני משפחותיהם³². ואמנם מתברר, שאף במקרים שקרו טעויות רפואיות שגרמו לנזק, אך התיקשורת בין החולה לרופא היתה טובה ופתוחה, לא הוגשו תביעות; לעומת זאת, כאשר התיקשורת לקויה, ויש נסיון להסתרת האמת או לעיוות האמת, מוגשות תביעות רבות, שבחלקן מתבררות כבלתי מוצדקות ומיותרות³³. כמו כן התברר במחקרים אחדים, שהרופאים שנגדם הוגשו תביעות הרשלנות החוזרות והרבות ביותר התאפיינו על ידי החולים המטופלים אצלם ככאלו שמערכת היחסים הבין-אישית שלהם היתה לקויה³⁴.

נתונים של תובעים — באחד המחקרים מארה"ב התברר כי עניים, בלתי מבוטחים וזקנים נוטים באופן מובהק להגיש פחות תביעות בגין רשלנות רפואית; המין והגזע לא נמצאו משמעותיים כגורמי סיכון לתביעה בגין רשלנות³⁵.

היבטים חיוביים בתביעות רשלנות — אין ספק שמבחינה חברתית-ציבורית יש חשיבות רבה לבקרה משפטית על פעולות הרופאים, וזה כולל גם את עניין התביעות המשפטיות בגין רשלנות. המטרות

רופאים שהיו בוגרים של בתי ספר לרפואה יוקרתיים יותר לא 'זכו' לשיעור נמוך יותר של תביעות בגין רשלנות³⁰.

סיבות להגשת תביעות רשלנות — מחקרים שונים מצביעים על סיבות ומניעים מגוונים מצד החולים הנפגעים להגיש תביעות משפטיות בגין רשלנות:

צורך בכסף לטיפול בתוצאות הנזק הרפואי; עצות והמלצות של נפגעים אחרים בעבר, או של עובדי בריאות להגיש תביעות כאלו; דחיפה של עורכי דין המתמחים בתחום זה, ואשר מעוניינים בריבוי תביעות מסוג זה, וכן פירסומת של עורכי דין המתמחים בהגשת תביעות כאלו; כעס נגד הרופאים ומערכות הבריאות, ורצון לנקמה; חשדות להסתרת האמת ולכיסוי הרשלנות; רצון לקבל מידע מלא ואמין על היקף הנזק, ועל הסיבות שהביאו לנזק; רצון למנוע רשלנויות ותקלות דומות לאחרים בעתיד³¹.

אכן, ברקע מרבית הסיבות עומדת הבעיה של תיקשורת לקויה בין הרופא לחולה. זה כולל תחושת הזנחה של החולה; אי-מסירת מידע בכלל, או מסירת מידע בצורה לקויה; וחוסר יכולת להבין את תחושות החולים ובני משפחותיהם,

et al, *Lancet* 343:1609, 1994; Levinson W, Hickson GB, [34] *JAMA* 272:1619, 1994 et al, *JAMA* 272:1583, 1994; Beckman HB, et al, *Arch Intern Med* 154:1365, 1994; Lester GW and Smith SG, *West J Med* Burstin HR, et al, [35] 158:268, 1993 *JAMA* 270:1697, 1993; Glasson J and Orentlicher D, *JAMA* 270:1740, 1993

262:3291, 1989; Rolph JE, et al, *JAMA* Sloan FA, et al, [30] 266:2093, 1991 Hickson GB, [31] *JAMA* 262:3291, 1989 et al, *JAMA* 267:1359, 1992; Huycke LI and Huycke MM, *Ann Intern Med* 120:792, 1994; Editorial, *Lancet* 343:1582, 1994 Beckman HB, et al, *Arch Intern Med* [32] Vincent C, — [33] 154:1365, 1994

הרופאים, וחיוכם בדין באשמת רשלנות, מחטיא במידה רבה את המטרה של חינוך רפואי נאות לצורך שיפור איכות הטיפול. באחת העבודות מראשית שנות ה-90 של המאה ה-20 התברר כי 0.13% מכלל המאושפזים בבתי חולים בארה"ב הגישו תביעה משפטית נגד רופאים באשמת רשלנות³⁷. אכן, אותה קבוצה מצאה שאחוז גבוה בהרבה של נזקים לחולים מאושפזים נגרמו בגין רשלנות רפואית, אך רובם לא הגיעו לתביעה משפטית³⁸. על פי מחקרים שונים מתברר כי בארה"ב באותן שנים היו פי 8-10 יותר נזקי רשלנות בפועל לעומת מספר התביעות על נזקים כאלו³⁹. יש לציין, כי נתונים אלו לא השתנו במשך שנים רבות, למרות עליה משמעותית במספר התביעות המשפטיות בגין רשלנות רפואית⁴⁰. כמו כן נמצא שרק באחד מתוך 14 תביעות רשלנות זוכים התובעים לפיצויים⁴¹. מכאן שהתביעות המשפטיות אינן משיגות את המטרה לשיפור איכות הטיפול הרפואי. יתר על כן, באחד המחקרים נמצא כי רופאים שנתבעו בעבר על רשלנות, ונבדקו לאחר מכן ביחס לרמתם הטכנית והמדעית, לא נמצאו חסרים בכך ביחס לרמה המקובלת, וההנחה היא כי הם נתבעו יותר מאחרים לא בגלל חסר מקצועי, אלא בגלל כשל תיקשורתי ביחסים בין-אישיים⁴². כמו כן מוכיחים מחקרים שונים כי אחוז גבוה של

העיקריות הן: הרתעה מפני התנהגות רשלנית, ובכך השגת שיפור באיכות הטיפול הרפואי; פיצוי הנפגעים לצורך שיקומם ויכולתם להתמודד עם הנזקים שנגרמו להם; וזיהוי רופאים רשלנים, המועדים לטעויות ורשלנויות חוזרות.

היבטים שליליים בתביעות רשלנות –
בשלהי המאה ה-20 חל ריבוי משמעותי ובלתי סביר במספר התביעות בגין רשלנות. דבר זה גרר עלויות גבוהות בתחום הבריאות, העלות השנתית של ביטוחי הרופאים, והפעולות של רפואה הגנתית הנועדות להתגוננות בפני תביעות רשלנות הוערכה בארה"ב בשנות ה-90 של המאה ה-20 בסכום של 20 מיליארד דולר³⁶. כמו כן חלה עליה משמעותית בסכום הפיצויים שבתי המשפט מעניקים לנפגעים.

שילוב זה של ריבוי תביעות נגד רופאים מחד, והענקת סכומי עתק כפיצויי נזיקין לתובעים מאידך, מחטיא את המטרות החיוביות של הבקרה החברתית-משפטית, וגורם לתופעות שליליות משמעותיות.

ריבוי תביעות משפטיות בגין רשלנות רפואית, והחמרה רבה מצד בתי המשפט בהפעלת דרישות זהירות מופרות על ידי

The report of the Harvard Medical Practice Study to the state of New York. Cambridge, Mass, Harvard Medical Practice Study, 1990
Bovbjerg RR, *Ann Inter Med* 117:788, [40]
Vincent C, et al, *Lancet* — ראה [41]. 1992
Entman SS, et al, [42] 343:1609, 1994
JAMA 272:1588, 1994

Hickson GB, et al, *JAMA* 267:1359, [36]
Localio AR, et al, *N Engl J* [37]. 1992
Brennan TA, et [38] *Med* 325:245, 1991
Mills [39] .al, *N Engl J Med* 324:370, 1991
DH, et al, *Report on the medical insurance feasibility study.* San Francisco, Sutter Pub., 1977; Harvard Medical Malpractice Study,

מאשר לחולה, ולדחוף אותם להכנת הגנה מראש מפני תביעה משפטית אפשרית על ידו⁴⁶. כך שבסופו של דבר גורמת המגמה של ריבוי תביעות רשלנות נגד רופאים לפגיעה בחולים עצמם, שכן על מנת להימנע מתביעות עתידיות, ולהימנע מעימות בין 'סבירות' כפי שהרופא מבין אותה בשעת מעשה ובזמן אמת, לבין 'סבירות' כפי שבית המשפט עלול להגדיר אותה לאחר זמן רב ובנסיבות תיאורטיות, מבצעים הרופאים בדיקות רבות וניתוחים שונים, שמבחינה רפואית גרידא הן מיותרות, ולעתים אף גורמות סבל נפשי וגופני. ביחס לניתוחים מיותרים, יש לציין במיוחד ניתוחים קיסריים שאין בהם צורך, ואין הם נעשים אלא כדי להימנע מתביעות רשלנות⁴⁷; הם מפנים למומחים רבים כדי להימנע מנטילת אחריות כלשהי, ובכך גורמים לתורים ארוכים וממושכים אצל רופאים מומחים וכלליים; והם מטילים את כובד ההחלטות על החולים עצמם, ללא כל הבחנה, ובכך הם מטילים מעמסה נפשית קשה על החולים. כמו כן קיים חשש שרופאים יימנעו מלעסוק בתחומים רפואיים שבהם ישנו אחוז גבוה של תביעות-רשלנות, כגון מיילדות. בארה"ב בשנות ה-80 של המאה ה-20 הפסיקו 62% מרופאי הנשים לעבוד במיילדות לפני גיל 55 שנה, 31% הפסיקו לעבוד לפני גיל 45 שנה, וחלק מהרופאים בבתי

רופאים נתבע פעמים חוזרות. באחד המחקרים התברר, כי תביעה קודמת נגד רופא מגדילה את הסיכוי לתביעה נוספת; הסיכויים לתביעה חוזרת גדולים יותר אם בתביעה קודמת הוטלו פיצויים גבוהים בהשוואה למצב בו הוטלו פיצויים נמוכים, או שלא הוטלו פיצויים כלל; וריבוי תביעות קודמות מעלה את הסיכוי לתביעות נוספות בהשוואה לתביעה בודדת קודמת⁴³. לאור נתונים אלו קורה לעתים קרובות שהרופאים הנתבעים מגיבים בדרך כלל בהתגוננות ובכעס ולא בשיפור ובלמידה. הנחתם היסודית היא, שתביעות רשלנות באות לפגוע בהם, הן אקראיות ובלתי מדעיות, הן מכריחות התנהגות באמות-מידה משפטיות שלא תמיד הולמות אמות-מידה רפואיות, ולפיכך התועלת החינוכית כלפי הרופאים היא מועטה⁴⁴.

אכן, לא רק שלא תמיד מושגות המטרות החיוביות של התביעות המשפטיות בגין רשלנות, אלא שלריבוי התביעות מסוג זה יש גם היבטים שליליים. אחת התוצאות של ריבוי תביעות הרשלנות המופרזות היא התפתחות רפואה הגנתית⁴⁵ מצד הרופאים. תפיסה משפטית המטילה על רופאים 'אחריות מוחלטת' וגורפת על מעשיהם ומחדליהם הרפואיים, מביאה את הרופאים לדאוג יותר לעצמם

ראה Studdert DM, et al, *JAMA* 293:2609, 2005. [46] ראה ע"א 522/66, פד"י כב(2), 480; א. כרמי וע. שגיב, רשלנות רפואית ביהדות ובישראל, עמ' 51 ואילך. וראה עוד — Tancredi LR and Barondess JA, *Science* 200:879, 1978. [47] ראה Localio AR, et al, *JAMA* 269:366, 1993.

Bovbjerg RR and Petronis KR, *JAMA* [43] 272:1421, 1994. אכן ראה ביקורת על מסקנות Smarr LE, *JAMA* 272:1453, — 1994. Bovbjerg RR, *Ann Intern Med* [44] 117:788, 1992. defensive medicine [45]. בארה"ב אחוז עצום של רופאים משתמש בשיטות של רפואה הגנתית בצורות שונות —

'ניהול סיכונים ברפואה', ומטרתו לחנך את הרופאים לתיקשורת נאותה עם החולים ובני משפחותיהם; לאבטח את איכות הרפואה על פי אמות מידה רפואיות-מדעיות מקובלות, הן ברמת הפרט של רופא בודד, והן ברמת המוסד הרפואי; לאתר במהירות וביעילות תקלות וכשלים במערכות הבריאות, ולטפל בהם בצורה יעילה, לפני שהם מתפתחים לכיוונים שליליים; ליידע את ציבור עובדי הבריאות על תביעות רשלנות בבתי המשפט ועל תוצאותיהן; ולהכין הנחיות קליניות והתנהגותיות מפורטות לדרכי האיבחון, הברור והטיפול במחלות שכיחות, ובעיקר במצבים רפואיים החשופים לתביעות משפטיות בשכיחות גבוהה.

כמו כן יש מקום לנקיטת אמצעים אחרים למניעת טעויות ורשלנויות רפואיות, כגון דיון מקיף וממצה בוועדות חקירה מקצועיות פנימיות, ושיטות של בקרת איכות מתמדת במערכת הרפואית.

דין פלילי – בדרך כלל נתבעים רופאים באשמת רשלנות בהליכים אזרחיים-נזיקיים. אכן, אם גרם הרופא למותו של חולה, יש מצבים שבהם הוא עלול להיתבע בהליך פלילי. תביעות כאלו הן יחסית נדירות בעולם המערבי, אך מידי פעם קורה שרופא מועמד לדין פלילי כאשר קיים חשד לרשלנות חמורה

חולים העדיפו להמיר את מקצוע המיילדות במקצוע רפואי אחר⁴⁸. יש אף מהרופאים ששקלו פרישה מוקדמת, ואחרים שהזהירו את בניהם מפני בחירת הרפואה כתחום עיסוקם⁴⁹.

בנוסף למחיר הכלכלי של תביעות רשלנות מוגזמות יש גם מחיר לא-כלכלי, המתבטא בכעס של הרופאים כלפי המערכות החברתיות וכלפי החולים, סבל של הרופאים המואשמים, שיכול להתבטא בדכאון, השפלה, ואפילו מחלה גופנית⁵⁰, וסבל מיותר של חולים הנובע מפעולות של רפואה הגנתית.

היבט שלילי נוסף נובע מהענקת פיצויים בסכומי עתק לנפגעים, והצורך של הרופאים להגן על עצמם על ידי ביטוחים מפני תביעות משפטיות מחד, והתפתחות הרפואה ההגנתית על עלויותיה הגבוהות מאידך. מגמות אלו הביאו להחמרה ניכרת של בעית המשאבים המוגבלים ברפואה⁵¹.

המשבר בארה"ב בשנות ה-70 של המאה ה-20 של ריבוי תביעות משפטיות בגין רשלנות רפואית, והכורח על הרופאים לבטח את עצמם בסכומי עתק נגד תביעות כאלו, הביא לשינויים חוקתיים במדינות רבות בארה"ב בשאלה הנידונה⁵².

ניהול סיכונים – על מנת להפחית את הפוטנציאל לתביעה משפטית על רשלנות רפואית התפתח ענף רפואי חדש המכונה

Charles SC, et al, *Behav Med* 14:148, 1988; Charles SC, et al, *West J Med* 148:358, 1988. [51] ראה ע' משאבים מגבלים. [52] ראה על רפורמות כאלו ועל הצעות נוספות

[48] ראה Ward CJ, *Am J Obstet Gynecol* 165:298, 1991. [49] ראה Charles SC, et al, *Am J Psychiatry* 142:437, 1985. [50] ראה Mizrahi T, *Soc Sci Med* 19:135, 1984; –

שהכה את תלמידו לצורך חינוכו, שליח בית דין שהכה את מי שנתחייב מלקות על פי בית דין, המדליק נר חנוכה והזיק בהדלקתו, הרץ בערב שבת בין השמשות לצורך מצווה והזיק, או המזיק מתוך שמחת מצווה⁶⁰.

טעות דיינים ורופאים – מצינו בהלכה התייחסות מיוחדת לנזקים שנגרמים כתוצאה מטעות של אנשים שיש להם אחריות וסמכות לגבי זולתם, ובמיוחד נידונה שאלה זו ביחס לדיינים וביחס לרופאים. חז"ל והפוסקים דנו באריכות בדינו של דין שטעה בפסק דינו. הם הבדילו בין טעות בדבר משנה, היינו שטעה בדין המפורש במשנה, או שטעה בדבר פשוט, גלוי וידוע, לבין טעות בשיקול הדעת, היינו שטעה בדבר שסוגיית העולם נוהגת אחרת ממה שפסק, כגון שפסק כדעה אחת, בעוד שכבר פשט המנהג בכל העולם כדעה האחרת, או שרוב הדיינים נראית להם הדעה האחרת; דנו במצבים שבעלי הדין קבלו עליהם מראש את פסיקת הדיין, היינו מצב של הסכמה לפסיקתו; דנו בנוגע לחיובו של הדיין במקום שטעה ואין הדין חוזר, או כשאי אפשר להחזירו ולתקן את הטעות, ומה שעשה עשוי; והבדילו בין דיין

שהביאה למותו של חולה⁵³.

ד. עקרונות הלכתיים ומקורות ראשוניים

כללים ועקרונות

כללי – רבות הן ההלכות וההגדרות הנוגעות לכללי חיובים בנזיקין ובהריגה. כאן יובאו רק מספר כללים והגדרות הכרחיים הנוגעים לדיוני הפוסקים ביחס לרשלנות רפואית.

אדם מועד לעולם – באופן עקרוני קיים הכלל ההלכתי שאדם מועד לעולם, בין שוגג בין מזיד, בין ער ובין ישן⁵⁴, בין באונס ובין ברצון⁵⁵, והיינו שאדם המזיק בשוגג חייב כאילו הזיק במזיד⁵⁶. יש הסבורים, שכלל זה נאמר דווקא באונס רגיל (מעין אבידה), אבל באונס גמור (מעין גניבה) כל אדם פטור⁵⁷; ויש הסבורים, שגם באונס גמור אדם מועד לעולם⁵⁸.

העקרון של חיוב אדם בשוגג, הן בחבלה והן בגרימת מוות, לא חל כאשר מבצע הפעולה עוסק במצווה, וכתוצאה מכך נגרמה החבלה או המוות⁵⁹. דוגמאות לכך: אב שהכה את בנו לצורך חינוכו, רב

ד"ה כיון, ותוס' ב"ק כו ב ד"ה ושמואל; נימוקי ב"ק ד א; רא"ש ב"ק כו ב; רמ"א חו"מ שעח א. והוא על פי ירושלמי ב"ק ב ח. [58] רמב"ם חובל ומויק ו א, על פי המ"מ שם; רמב"ן ב"מ פב ב; ש"ך חו"מ שעח סק"א. וראה ריב"א בשיטמ"ק ב"ק כו א ד"ה נפל. [59] מכות ח א; תוספתא ב"ק ט ג; רמב"ם רוצח ה ה-ו. [60] ראה עוד בנידון במאמרו של א. שוחטמן, סיני, עג, תשל"ג עמ' קלז ואילך.

במאמר – Bovbjerg RR, *Ann Intern Med* 117:788, 1992. [53] ראה – Brahams D, *Lancet* 341:1404, 1993; Annas GJ, *N Engl J Med* 333:527, 1995; Ferner RE, *BMJ* 321:1212, 2000; Filkins JA, *L Legal Med* 22:467, 2001; ש. גליק, רפואה ומשפט, גיליון 29, עמ' 46 ואילך. [54] ב"ק כו א-ב. [55] סנהדרין עב א. [56] רמב"ם חובל ומויק ו א; טושו"ע חו"מ תכא ג. [57] תוס' ב"ק ד א

מומחה לרבים, לבין הדיוטות שדנו, ובין דן דין יחיד לבין שלושה שדנו⁶¹.

על טעויותיו, כדי למנוע חוסר זהירות ורשלנות, לעודד זהירות רבה בטיפול ובניתוח, ולפצות את הנפגעים.

באופן כללי מקובלת ההנחה הבסיסית "שכל מי שיש בו טבע בשר, אי אפשר שלא יטעה ויחטא"⁶², ואחד הטעמים שהיה צורך במתן רשות לרופא לרפאות היא ההנחה "שמא יאמר הרופא מה לי בצער הזה, שמא אטעה ונמצאתי הורג נפשות בשוגג"⁶³.

ההלכה דוגלת בהליכה בשביל הזהב הממוצע בין שתי מגמות אלו. מחד גיסא, פטור הרופא מתשלומי נזק (אם הזיק בשוגג, ואם התקיימו תנאים מסויימים, המפורטים להלן בפרטי דינים); ומאידך גיסא, מחייבת ההלכה ענישה של רופא רשלן, או רופא המזיק במזיד.

התייחסות כללית לטעות הרופא – רופא שטעה יכול לגרום נזק גופני או נפשי, ואף יכול לגרום למותו של המטופל. מצד אחד, יש מקום לזכות את הרופא ולמחול לו על טעויותיו, כדי שיהיו רופאים מצויים, כדי לעודד את מקצוע הרפואה, לאפשר התקדמות והתפתחות, ולא לנעול דלת בפני המעוניינים לעסוק ברפואה⁶⁴. ההנחה היא, שאם הרופא משתדל כפי יכולתו, וקרה אונס בלתי צפוי שבגיניו נגרם נזק לחולה – הרופא פטור, כמו רב חובל המנהיג את האניה בדרך טובה ומקובלת, שאין עליו אחריות אם היתה סערה גדולה והטביעה את האניה⁶⁵; מצד שני, יש מקום לשעבד את הרופא לתקנות מחמירות ולעונשים משמעותיים

טעמי פטור הרופא מנזיקין – אף שאדם מועד לעולם, והוא חייב בנזיקין גם אם גרם אותם בשוגג⁶⁶, בכל זאת מצינו מספר טעמים לפטור את הרופא בדיני נזיקין אם טעה והזיק בשוגג:

מפני תיקון העולם, היינו כדי שיהיו בני אדם שירצו להיות רופאים ולעסוק במקצועם לטובת החולים, וכדי שלא לנעול דלת בפני המצילים⁶⁷.

מפני שהוא עוסק במצווה⁶⁸, והעוסק במצווה שהזיק – פטור⁶⁹.

מפני שיש לראות בטעותו משום אונס,

[61] ראה באריכות על פרטי הדינים הנוגעים לחילוקים השונים הללו באנציקלופדיה תלמודית, כרך כ, ע' טעות הדיינים, עמ' תצה ואילך. [62] רמב"ם הקדמה לפיהמ"ש. וראה שם, שזהו ההסבר למה סדר רבי יהודה הנשיא את מסכת הוריות אחרי מסכת אבות, "כאשר השלים מוסר הדיינים, החל לבאר שגיאותיהם". [63] רמב"ן תורת האדם, ענין הסכנה. וראה ע' רפואה הע' 55. [64] שו"ת תשב"ץ ח"ג סי' פב; מנחת ביכורים וחזון יחזקאל, תוספתא גיטין ג יג. וראה

דברי השופט קיסטר, ע"א 552/66, לויטל נ' קופת חולים, פ"ד כב(2), עמ' 483 ואילך. [65] שם טוב אבן פלקירא, ספר המבקש, יג ב. [66] ראה לעיל הע' 54 ואילך. [67] מנחת בכורים, תוספתא גיטין ג ג. [68] ראה ע' רפואה הע' 70 ואילך. [69] ראה לעיל הע' 59-60. וראה מחנה אפרים הל' נזקי ממון סי' ה; קהילות יעקב ב"ק סי' טו. וראה עוד במאמרו של הרב מ. אילן, תורה שבעל פה, יח, תשל"ו, עמ' ע ואילך, והנ"ל, שבבילי הרפואה, ה, תשמ"ב, עמ' כ ואילך.

ולא משום שוגג⁷⁰.

פטור, אבל אם חבל בו יותר מן הראוי חייב⁷⁵.

מפני שאין לו אלא מה שעניו ראות.

יש מי שכתבו להשוות בין המקורות הללו, שרופא שעשה כראוי מוגדר כשוגג, והוא פטור בנזיקין, ומי שעשה יותר מן הראוי מוגדר כמזיד, והוא חייב בתשלומים⁷⁶, ומה שנפסק שהשוגג פטור הוא דווקא בידי אדם, אבל דינו מסור לשמים⁷⁷; ויש מי שכתב, שהמקורות חלוקים בשאלה⁷⁸ אם העוסק במצווה פטור בדיני נזיקין מעיקר הדין אם לא⁷⁹.

מפני שאין רפואה ללא מידה מסוימת של סכנה, ולפיכך ההנחה היא שהחולה הסכים לכך⁷¹.

מקורות ראשוניים

כללי — המקורות הראשוניים הנוגעים לרשלנות הרופא נידונו בעיקר בתוספתא ולא בתלמוד. נושא זה תופס מקום מועט מאד בדיונים ההלכתיים בספרות ההלכה המקורית ובספרות השו"ת הגדולה. יש להניח, שהסיבה היתה הרתיעה להעמיד לדין רופא שעושה מלאכתו נאמנה, וזוכה להוקרה רבה ולאומון של הציבור הרחב⁷².

מקורות שונים בתוספתא בדיני גלות — אף בדינו של רופא שהמית מצינו סתירות במקורות הראשוניים. במקור אחד נאמר, שרופא שהרג בשוגג, פטור מגלות, ודינו מסור לשמים⁸⁰; ובמקור אחר נאמר, שרופא אומן שריפא ברשות בית דין והרג, הרי זה גולה⁸¹.

מקורות שונים בתוספתא בדיני נזיקין — בדינו של רופא אומן, שריפא ברשות בית דין והזיק, מצינו סתירות במקורות הראשוניים. במקור אחד נאמר, שהוא פטור מדיני אדם, ודינו מסור לשמים, מבלי לפרט אם טעה בשוגג או במזיד⁷³; במקור אחר נאמר, שאם הזיק בשוגג פטור, ואם הזיק במזיד חייב, מפני תיקון העולם⁷⁴; ובמקור נוסף נכתב, שאם הזיק

יש מי שכתבו להשוות בין מקורות אלו, שרופא אומן שטעה והרג פטור דווקא אם הטעות היא כזו שאפשר שרופא יטעה גם אחר נתינת לב וחקירה ודרישה בגוף המחלה, אבל אם טעה טעות יותר מן הראוי, היינו שאילמלי היה מעיין ומדייק ככל הצורך, לא היה ראוי לו

ציץ אליעזר ח"ד סי' יג אות א. [80] מכילתא שמות כא יד. [81] תוספתא מכות ב ה (השמיטה מנוסחאות כת"י); תוספתא ב"ק ט ג, לפי גירסת הרמב"ן, בתורת האדם, ענין הסכנה, וכן גירסת שו"ע יו"ד שלו א, וכמפורש בביאור הגר"א שם סק"ו. כמו כן יש לציין כי במכות ח א-ב, מנויים אב, רב ושליח בית דין כמי שאם הרגו בשוגג אינם גולים, אך לא נמנה שם רופא, ומשמע שרופא ששגג והמית — גולה. וראה עוד בשו"ת בנין אב ח"ב סי' נו, ובשו"ת באהלה של

[70] ראה להלן הע' 114. [71] ראה להלן. [72] הרפואה והיהדות, עמ' 270. [73] תוספתא ב"ק ו ו. [74] תוספתא גיטין ג יג. [75] תוספתא ב"ק ט ג, לפי הגירסא שבידינו, וכן גרס בשו"ת תשב"ץ ח"ג סי' פב. [76] שו"ת התשב"ץ שם; חזון יחזקאל על תוספתא גיטין ג יג, בחלק הביאורים. [77] וראה להלן הע' 94 ואילך, בהגדרת 'דינו מסור לשמים'. [78] ראה משנה מכות ח א. [79] אור שמח רוצח ה ו. וראה עוד בדברי שאול על יו"ד סי' שלו; שו"ת

לטעות טעות כזאת, הרי הוא חייב גלות⁸²; יש מי שחילק בין רופא שנודע לבני אדם שטעה, שהוא חייב גלות, לבין רופא שטעה בלא הודע, שאינו חייב כלום, והוא פטור בין בדיני אדם ובין בדיני שמים, בין בתשלומים ובין בגלות⁸³, ומצינו בגדר הלכה והשקפה סברה לחלק בין חטא שנודע לבני אדם לבין חטא עלום⁸⁴.

עשו טעות כשהרגו בשוגג, ואין הם מצווים לאמוד במדויק את יכולתו של המוכה לעמוד בעונש, לעומתם הרופא טועה, כי מצפים ממנו שיאמוד נכונה את הטיפול⁸⁸; יש מי שכתב, שרופא שטעה בניתוח הסתבר למפרע שלא היה אומן באותו דבר, והרי זה כאילו תחילתו באיסור ובלא רשות, בעוד שהאחרים התחילו ברשות ובמצווה⁸⁹; יש מי שכתב, שהרופא שונה מהרב והאב ושליח בית דין, על פי השיטה שעצם הרפואה איננה רצויה⁹⁰, ולכן כשטעה והרג – חייב, אבל עצם החינוך וההוראה רצויים⁹¹; יש מי שכתב, שעל הרופא מוטלת חובת אחריות גדולה יותר מאשר על שליח בית דין ואב רב, ואחריות מירבית זו מחייבת אותו בדיני שמים ובחובת גלות יותר מכל מקצוע אחר⁹²; ועוד יש מי שכתב, ששלושת המנויים בתוספתא אם הרגו דינם כאנוסים, כי בדרך כלל אין בהכאות שלהם כדי להרוג, אבל רופא שטעה והמית דינו כשוגג, כי הרבה פעמים עוסק הוא במצבים שיכול להביא למות החולה⁹³.

למה חייב רופא בגלות? – כבר הקשו רבים למה יהא הרופא חייב גלות, הרי הדין הוא שכל מי שתוך כדי עשיית מצווה ממית בשוגג – אינו גולה⁸⁵. מספר תירוצים ניתנו לשאלה זו, ועל כולם הקשו במידה זו או אחרת. יש מי שכתבו, שהרופא לרפאות ירד והמית, ונמצא שלא עשה מעשה רפואה, וכשהרג את החולה, אין בזה קיום מצווה כלל, מה שאין כן אלו (אב, רב, שליח בית-דין) לייסר באו וייסרו, אלא שלא נצטוו לייסרו כל כך, אבל עשו מה שהוטל עליהם לעשות⁸⁶; יש מי שכתב, שבעצם דינו של הרופא בהריגה בשוגג כדין האב הרב ושליח בית דין, ומה שהוא חייב בגלות הוא לא מעיקר הדין אלא רק אם רוצה לצאת ידי חובת שמים, ראוי לו לקבל על עצמו עונש גלות⁸⁷; יש מי שכתב, שהרב, האב ושליח בית דין לא

בהגדרת 'דינו מסור לשמים' – יש אומרים, שהכוונה שחייב עונש בידי

[88] ברכ"י יו"ד סי' שלו אות ו. וראה מאמרו של הרב ש.א. טוירק, הדרום, י, אלול תשי"ט, עמ' 114. [89] ישועות ישראל חו"מ סי' כה בעין משפט סק"ג. [90] ראה ע' רפואה הע' 105 ואילך. [91] גליוני הש"ס ברכות ס א. [92] שו"ת בנין אב ח"ב סי' נו. [93] הרב ד. לאו, תחומין, טז, תשנ"ו, עמ' 187 ואילך. וראה עוד בנידון באמרי בינה חח"מ הל' דיינים, סי' ל; שו"ת באר משה ח"ד סי' פג אות' ה-ו, ושם סוסי' פד; הרב י. אהרנברג, שנה בשנה, תשכ"ו, עמ' 150 ואילך; הרב א.ש. שמרלר, בשבילי הרפואה,

תורה ח"א סי' נה. [82] ערוה"ש יו"ד שלו ב; שו"ת באר משה ח"ד סי' פד אות יד; שו"ת תשובות והנהגות ח"א סי' תתסח. [83] רמב"ן תורת האדם, ענין הסכנה. [84] ראה שערי יושר לר"ש שקאפ, א ד; בית הלוי, פר' לך לך ד"ה במה אדע. וראה בהרחבה מאמרו של הגר"נ גולדברג, תחומין, יט, תשנ"ט, עמ' 317 ואילך. [85] כמבואר במכות ח א-ב. [86] שו"ת תשב"ץ ח"ג סי' פב; שו"ת בשמים ראש סי' שפו; אור שמח רוצח ה ו; הגה' יד אברהם על יו"ד שלו א. [87] שבט יהודה יו"ד שלו א.

שמים, וכשישלם ייפטר מהעונש⁹⁴; יש אומרים, שהכוונה שחייב בתשלומים בדיני שמים, וכל זמן שלא ישלם, תורת גזלה חלה עליו, אבל עונש מן השמים יש לו אפילו באופן שהוא פטור בדיני שמים, ויש עליו איסור אם גרם נזק לחברו⁹⁵; יש הסוברים, שהכוונה שאמנם אין כוח ביד בית דין לכופו לשלם, אך מכל מקום בדברים שבלי כפיה ראוי לדוחקו שישלם⁹⁶, והכוונה שבית דין מודיעים לו שאין הם יכולים לחייבו, אבל הרופא צריך לצאת ידי שמים, ולשלם את דמי הנזק לחולה⁹⁷; ויש חולקים וסוברים, שלשון דיני שמים אין משמעותו להיות חייב אפילו במקצת בדיני אדם, אלא שצריכים להודיעו שהוא מעצמו צריך לעשות לתיקון העוולה⁹⁸, ואם בא לבית הדין להימלך מה לעשות, אומרים לו שלא יצא ידי שמים עד שישלם הנזק⁹⁹; ויש מי שכתב, שהכוונה שהקב"ה יודע אם היתה כוונתו להזיק, ואם באמת לא התכוון להזיק, פטור אף מדיני שמים¹⁰⁰, והיינו שאין זה כלל עניין לבית דין¹⁰¹.

יש מי שהעיר, שיש הבדל בין הלשון 'דינו מסור לשמים'¹⁰², לבין הלשון 'חייב

בדיני שמים'¹⁰³, שדינו מסור לשמים הכוונה שהקב"ה יודע אם התכוון להזיק אם לאו, ואין בזה עניין לבית דין, בעוד שחייב בדיני שמים הכוונה שחייב בתשלום כדי לצאת ידי שמים¹⁰⁴.

יש מי שכתב, שבן נח אינו חייב לצאת ידי חובת שמים, שאינו חייב רק משום יישוב העולם, אבל לא בדיני שמים¹⁰⁵.

דין גלות בשולחן ערוך – מספר הסברים ניתנו לעובדה שהשולחן ערוך מביא את דין הגלות ברופא ששגג והמית, למרות שאין דיני גלות נוהגים בימינו:

יש מי שכתב, שהכוונה שאם בא לצאת ידי שמים, ראוי לו להיות גולה¹⁰⁶.

יש מי שכתב, שעובדה זו באה ללמדנו את חומר האיסור הכרוך בהריגה בשגגה¹⁰⁷.

יש מי שכתב, שהכוונה שיש לסדר לו דרכי תשובה במשקל הגלות¹⁰⁸. ואמנם מצינו בפוסקים הצעות לתחליפים שונים לעונש הגלות בזמן הזה¹⁰⁹.

בהרחבה בהגדרת דיני שמים, ובפרטי הדינים הנוגעים להגדרה זו באנציקלופדיה תלמודית, כרך ז, ע' דיני שמים, עמ' שפב ואילך. [102] מכילתא שמות כא יד; תוספתא ב"ק ו ו. [103] טושו"ע יו"ד שלו א. [104] שו"ת בנין אב ח"ב סי' נו. [105] שו"ת שואל ומשיב מהדו"ק ח"א סי' רל. [106] שבט יהודה יו"ד שלו א. [107] הגרש"ז אויערבאך, הובאו דבריו בגשמת אברהם חיו"ד סי' שלו סק"ז. [108] שו"ת מנחת יצחק ח"ג סי' קד. [109] ראה שו"ת מהר"ם לובלין סי' מג-מד; שו"ת ר' חיים הכהן, סי' יט-כא; באה"ט או"ח סי'

ט, תשמ"ט, עמ' מז ואילך; שו"ת באהלה של תורה ח"א סי' נה. [94] רש"י קידושין מג א ד"ה דינא, וב"ק קד א ד"ה שכבר, וב"מ לו א ד"ה הבא. [95] מאירי ב"ק נו א; קצוה"ח סי' לב סק"א. וראה גם בשו"ת חכם צבי סי' קלח. [96] כנה"ג חו"מ מהדו"ק סי' כח בהגה"ט אות כג, בשם ר"מ מינץ סי' ק; יש"ש ב"ק פ"ו סי' ג, בשם תשובה. [97] חו"י ראב"ן ב"ק נה ב; מסגרת השולחן יו"ד סי' שלו, דין א. [98] יש"ש שם. וראה פת"ש חו"מ סי' בא סק"ה. [99] רש"י ב"מ לו א ד"ה הכא. [100] זית רענן לבעל מג"א על תוספתא ב"ק פ"ו אות יד. [101] וראה

ה. פרטי דינים

יש מי שכתב, שאף שרופא אומן שטעה בשוגג והזיק – פטור מלשלם, אבל מכל מקום אין לשלם לו שכר הרפואה¹¹⁵.

רופא שהמית במזיד – יעבור ממלאכתו, וילך ויעשה מלאכה אחרת¹¹⁶. אם חזר ועשה תשובה ומתחרט על מעשיו, ומקבל על עצמו שמהיום ואילך יהא נזהר כראוי, אין הסילוק מתפקידו לעולם, אלא לפרק זמן מוגדר¹¹⁷; ואם לא חזר בו, לא רק שמסלקים אותו לצמיתות, אלא גם ראוי להענישו בקנס או במאסר, כפי ראות עיני בית הדין¹¹⁸.

רופא שטעה והמית בשוגג – יש הסבורים, שאם נודע לו ששגג, חייב גלות, אף על פי שהוא אומן מומחה ובקי, ואף על פי שריפא ברשות בית דין¹¹⁹; יש מי שכתבו, שכל פעילות רפואית היא בחזקת סכנה לחולה, אך מכיוון שהרופא מרפא ברשות בית דין, והוא עוסק במצווה, הרי כשהוא טועה ברפואות הוא נחשב כאנוס, ולא כשוגג, ולכן הוא פטור מכל עונש, כולל עונש גלות¹²⁰; יש מי שכתב, שרופא שעייץ כראוי ופעל כראוי לפי ראות עיני

כללי – מצינו בפוסקים גדרים שונים שעל פיהם דנים את הרופא המזיק או הממית, והם תלויים בהגדרת מעמדו המקצועי-הלכתי של הרופא, בכוונותיו ובידיעותיו, בהגדרת הפעולות הרפואיות שהביאו לנזק או למיתה של החולה, ובדרכי הביצוע שלהם.

מצבי חיוב גלות או תשלומים

רופא שהזיק במזיד – חייב בתשלומי הנזק¹¹⁰. יש מי שכתב, שהוא חייב על חמשת הדברים (נזק, צער, רפוי, שבת ובושת) ככל מזיק¹¹¹; ויש מי שהסתפק אם חייב בכל חמשת הדברים, או רק בנזק¹¹².

רופא שטעה והזיק בשוגג – לכל הדעות הוא פטור מדיני אדם, אלא שיש מי שכתבו שהוא חייב בתשלומי הנזק בדיני שמים¹¹³; ויש מי שכתבו, שדינו כאנוס ולא כשוגג, והוא פטור הן מדיני אדם והן מדיני שמים¹¹⁴.

כא ב) ומוהל (שבת קלג ב). [119] רמב"ן, תורת האדם, ענין הסכנה; טוש"ע י"ד שלו א. [120] ח"י רבינו דוד בונפיל, סנהדרין פד ב; ח"י הר"ן שם; שו"ת חת"ס האו"ח סי' קעז, ושם חח"מ סי' קפד. וראה שו"ת רב פעלים ח"ג סי' לו; לקוטי הערות על שו"ת חת"ס האו"ח; דברי אהרן (שמשון אהרן פולנסקי) סי' לד אות ב; הגר"י זילברשטיין, הלכה ורפואה, ב, תשמ"א, עמ' רפו ואילך. וראה בשו"ת באר משה ח"ד סוסי' פד, שכל הדינים הקשורים בגלות רופא הוא דווקא לשיטת הרמב"ן על פי גירסתו בתוספתא בב"ק ט ג, אבל הרמב"ם לא סובר שרופא גולה אי פעם, ולא הזכיר דין כזה

תרג. [110] תוספתא גיטין ג יג; פרישה י"ד סי' שלו אות ו; ש"ך שם סק"ב. [111] כך משמע מערה"ש י"ד שלו ב. [112] פתחי חושן, הל' נזיקין פי"ב סוף הע' יח. [113] רמב"ן, תורת האדם, ענין הסכנה; טוש"ע י"ד שלו א. [114] ח"י הר"ן, סנהדרין פד ב; דברי שאול על י"ד סי' שלו. וראה לעיל הע' 73 ואילך. [115] שערי משה לאאמור"ר ח"ב סוסי' לט. וראה ע' רופא הע' 175, בדיני שכר הרופא. [116] תנא דבי אליהו כג ה. [117] שו"ת ציץ אליעזר ח"ה קונט' רמת רחל סוסי' כג. [118] הגר"י אהרנברג, שנה בשנה, תשכ"ו, עמ' 142 ואילך. דין זה דומה לדינו של מקיז דם (ב"ב

בני אדם — דינו כאנוס, ואינו חייב גלות, שהרי רופא איננו מלאך ועלול לטעות, אבל אם הודה שלא עיין כראוי, דינו כהורג בשוגג, וחייב גלות¹²¹; ויש מי שכתב, שדין גלות ברופא שטעה והמית לא נאמר כלל כשהטעות היתה בשיקול הדעת, שבמקרים כאלו אין כלל חובת גלות, אלא מדובר ברופא שנתכווין לתת תרופה נכונה ושגג ונתן תרופה אחרת שהרגה את החולה, או שהושיט ידו לקחת סכין טובה לניתוח, ושגג ולקח סכין לא נקייה¹²².

מדיני אדם וחייב בדיני שמים¹²⁵, ולפיכך בזמנינו שאין מציאות שאדם יקבל אישור לעסוק ברפואה אם אינו בקי ברפואה¹²⁶, הרי שרופא שטעה תמיד פטור מכל עונש, ואפילו בדיני שמים¹²⁷; ויש מי שכתב, שגם בזמנינו רופא שגרם נזק לחולה חייב בתשלומין, בין בשוגג ובין במזיד, אף שהוא מומחה עם רשיון, כי על מנת לפטור מתשלומים צריך גם רשות בית דין, דבר שלא קיים בימינו¹²⁸.

הרופא/המטפל המזיק או הממית

רופא מומחה ושאינו מומחה — יש מי שכתבו, שכל המצבים שבהם רופא פטור מתשלומי נזק או מגלות הם דווקא ברופא אומן שקיבל רשות מבית דין, ובימינו מתן דיפלומה מבית ספר לרפואה מוכר, ומתן רשיון לעיסוק ברפואה מטעם משרד הבריאות, הוא הרשות ההלכתית בימינו, ואין צורך באישור נוסף מטעם בית דין¹²³, אבל אם לא קיבל רשות מבית דין, אפילו אם הוא מומחה ובקי, הרי הוא חייב בתשלומים בכל מקרה, בין שוגג ובין מזיד¹²⁴; יש מי שכתבו, שמי שאינו בקי ברפואה, והרשוהו בית דין לעסוק ברפואה, הוא שנאמר עליו שהוא פטור

אחות או רופא-מתמחה — מי שבקי ומוסמך לאותו דבר וטעה והזיק, פטור; אבל אם אינו בקי באותו דבר, כגון שאחות נתנה טיפול שאיננו בתחום סמכותה, או רופא מתמחה צעיר שטיפל בחולה ללא התייעצות עם מומחה גדול ממנו, הרי הם חייבים בתשלומים גם בדיני אדם¹²⁹.

יש מי שכתב, שאם מתמחה ביצע ניתוח, ועקב כך התארך משך הניתוח, ונגרם לחולה נזק בגלל ההרדמה הממושכת, הרי הוא חייב גם בידי אדם, שזה בבחינת 'חבל יתר על הראוי לו'¹³⁰.

רופא מומחה שהחליט על צורך בניתוח, ואחות או מנתח זוטרי בצעו את הניתוח, ומת החולה, והתברר שהיתה

בחיבורו, כי כנראה לא היתה לפניו גירסא כזו בתוספתא. [121] שו"ת תשובות והנהגות ח"א סי' תתסח. [122] שו"ת מנחת שלמה ח"ב סי' פב אות ח. [123] ראה בע' רופא הע' 155 ואילך. [124] רמב"ן, תורת האדם, ענין הסכנה; טושו"ע יו"ד שלו א; שבט יהודה שם; מעשה אברהם סי' נה; ערוה"ש שם ב; מסגרת השולחן שם. [125] צדה לדרך מאמר ה כלל ב פ"ב;

מטה משה עמוד גמילות חסדים ח"ד פ"ג. [126] כן כתבו החיד"א בשו"ת ברכה או"ח סי' שכח אות ט; שו"ת עולת שמואל סי' קח. וראה ע' רופא הע' 155, בדיני רשיון רפואי. [127] שו"ת ציץ אליעזר ח"ה קונט' רמת רחל סי' כג. [128] כתבי הגר"י וויינברג, ח"א סי' מה. [129] שו"ת בנין אב ח"ב סי' נו. [130] שו"ת ציץ אליעזר ח"ד סי' פה. וראה עוד

הפעולות המזיקות או הממיתות, ודרכי ביצוען

סמיכות האירוע – יש מי שכתב, שרופא שהמית חולה בשוגג חייב גלות דווקא אם מת החולה מיד לאחר הטיפול, אבל אם מת לאחר זמן יכולים לתלות את מותו של החולה בגורמים אחרים¹³⁶; ויש מי שכתב, שגם במקרה כזה – חייב¹³⁷.

קשר ישיר – רופא חייב בתשלומים או בגלות דווקא אם ברור שהתרופה או הטיפול שהוא נתן היו הגורמים לנזק או למוות; אבל כאשר הדבר הוא בספק, ולא ידוע אם החולה ניזוק או מת מחמת התרופה או הניתוח – פטור הרופא, בין בדיני אדם ובין בדיני שמים¹³⁸.

יש מי שכתבו, שדין גלות ברופא שהרג בשוגג הוא דווקא בטעות בזמן ניתוח, שהמית את החולה בדיים; אבל רופא שטעה בטיפול תרופתי, כגון רופא פנימי שנתן מרשם לתרופה לא נכונה, אם שגג או הזיד, והמית או הוסיף מכאוב, ונתכוון לרפאות ולא נתכוון להזיק, פטור אף בדיני שמים, שאין לו אלא מה שענינו רואות, ולא הזיק אלא בדרך גרמא¹³⁹; ויש מי שכתב, שרופא פנימי פטור מפילו בדיני

טעות בשיקול לעצם הניתוח, החיוב הוא על המומחה המצווה על הניתוח, אבל המבצעים מטעמו פטורים, כי דינם כאנוסים, אלא אם כן גם הם יכלו לדעת על פי השכלתם שמדובר בהחלטה שגויה¹³¹.

רופא בחינם או תמורת שכר – יש מי שחילק בין רופא שקיבל שכר על טרחתו, וטעה והזיק, שדינו שחייב בידי שמים, לבין רופא שטיפל בחינם וטעה והזיק, שלכל הדעות פטור מפילו בדיני שמים¹³²; ויש מי שכתב, שרופא שמטפל בשכר וטעה, או שהתעצל או התרשל מלהתייעץ עם רופא מומחה ממנו, חייב לכל הדעות; ואם קיבל שכר, ועשה כל שיכול לעשות וטעה, הרי זו מחלוקת הראשונים אם חייב או פטור¹³³.

רופא-גוי – כל דיני רופא שטעה והזיק, וההבדל בין שוגג למזיד, חלים על רופא גוי כמו על רופא ישראל¹³⁴.

מטפל שאינו רופא – יש מי שכתב, שרופא שהרג בשוגג – גולה, אבל אדם שאינו רופא, שפעל על פי הוראות הרופא במקום של פיקוח נפש, והמית את החולה – פטור מגלות, כי דינו כאנוס¹³⁵.

בב"ח ובפרישה שם אות' ז-ח. [137] פרישה שם אות ח. וראה שו"ת מנחת יצחק ח"ג סי' קה. [138] שו"ת רב פעלים ח"ג חאו"ח סי' לו. [139] שו"ת תשב"ץ ח"ג סי' פב (הובאו דבריו בברכ"י יו"ד סי' שלו אות ז); שו"ת בשמים ראש סי' שפו (וראה מה שכתב על כך באמרי בינה הל' דיינים סי' ל; ובשו"ת מנחם משיב ח"ב סי' כא); כתבי הגרי"י וויינברג, ח"א סי' מה. וראה עוד שו"ת מנחת יצחק ח"ג סי' קד; הרב א.ש. שמרלר, בשבילי הרפואה, ט, תשמ"ט, עמ' מז

בשו"ת באר משה ח"ד סי' פג אות ה. [131] הגר"ז גולדברג, תחומין, יט, תשנ"ט, עמ' 317 ואילך. [132] שו"ת וישב משה ח"ב סי' ח. [133] שו"ת באהלה של תורה, ח"א סי' נה אות' א-ב. ומחלוקת הראשונים לדעתו היא דעת תוס' ב"ק כז ב סד"ה ושמואל, לעומת הרמב"ן ב"מ פב ב ד"ה ואתא. [134] שו"ת שבט הלוי ח"ח סי' רנא אות ט. [135] שו"ת בנין ציון ח"א סי' קיא. וראה כעין זה בשו"ת חת"ס חאו"ח סי' קעו. [136] ח"י מהרש"ל על טור יו"ד סי' שלו, מובא

בדרך כלל לרופאים, הרי הוא חייב באחריות לנזק גם בדיני אדם¹⁴⁴.

כמו כן יש מי שכתב, שמה שהרופא גולה אם המית בשגגה הוא דווקא כשהתכווין לתת תרופה אחת ונתן תרופה אחרת, או התכווין לנתח בסכין סטרילית, וניתח בסכין שאיננה נקייה, אבל אם טעה בשיקול הדעת — איננו גולה¹⁴⁵.

רופא מנתח שעשה כראוי, אלא שבגלל לחץ ומתח במהלך הניתוח נגרמה טעות, ועקב כך ניזוק החולה, פטור בדיני אדם, וחייב בדיני שמים, וצריך לעשות באופן אישי לפייס ולפצות את החולה¹⁴⁶.

יש מי שחילקו בין טעות של רופא שניתן היה למנוע אותה, שאף שהרופא עשה אותה ללא כל כוונה להזיק — דינו כשוגג, וחייב בדיני שמים; לבין טעות שלא ניתן למנוע אותה — שדינו כאונס, ופטור אף בדיני שמים¹⁴⁷.

רשלנות הרופא — אם הזיק הרופא לחולה על ידי כך שהתרשל ולא עיין יפה — יש מי שכתב, שהוא פטור מדיני אדם

שמים, גם אם השקה את הרפואה בידיו¹⁴⁰; ויש מי שכתבו, שבזמננו שניתן לברר ולוודא יותר טוב את מצבו של החולה, את אבחנתו ואת דרכי הטיפול בו, דין מתן תרופות כדין רופא מנתח, ובשניהם חייב¹⁴¹.

טעות הרופא — רופא שעשה כל מה שמוטל עליו, ועיין יפה בפרטי המקרה, ונהג כפי שרוב הרופאים היו נוהגים באותו מצב רפואי, וטעה באבחנה או בטיפול תרופתי, וטעותו היתה סבירה, כך שכל רופא היה עשוי לטעות בה, והיינו שטעה בשיקול הדעת לאחר עיון בכובד ראש, ללא מעשה רשלנות, ומבלי שיכול היה להתייעץ עם מומחה גדול ממנו, אם הזיק או המית, הרי הוא פטור מתשלומים או מגלות, ואינו חייב אפילו מדיני שמים, ואין לו שום חטא, שכבר אמר החכם 'שגגת הרופא כוונת הבורא'¹⁴². ויתכן שהרעיון של טעות רופא מומחה הוא כמו טעות של דיין מומחה, שכיוון שמומחה הוא, מזלו הביש של אותו מומחה גרם לו לטעות¹⁴³. אבל אם קיימת הערכה מוכחת, שטעותו של הרופא שגרמה לנזק נבעה מכך שלא למד ולא ידע דבר בסיסי הידוע

הלוי ח"י סי' רצד; עשה לך רב, ח"ג סי' ל; הגר"י זילברשטיין, הלכה ורפואה, ב, תשמ"א, עמ' רפז ואילך. [143] רש"י סנהדרין לג א ד"ה פטור. [144] מסגרת השולחן, יו"ד שלו א. [145] הגרש"ז אויערבאך, הובאו דבריו בנשמת אברהם חיו"ד סי' שלו סק"ז. וראה שו"ת ציץ אליעזר ח"ה קונט' רמת רחל סי' כג; שו"ת מנחת יצחק ח"ג סי' קה. [146] עשה לך רב, ח"ג סי' ל. [147] שו"ת בנין אב ח"ב סי' נו; הגר"י גולדברג, תחומין, יט, תשנ"ט, עמ' 317 ואילך.

ואילך; הגר"י זילברשטיין, הלכה ורפואה, ב, תשמ"א, עמ' רפז ואילך. ולכאורה הרמב"ן והטושו"ע לא סוברים כך, שכן לא הביאו חלוקה זו כלל, וי"ל. וראה מה שהקשה על כך בשו"ת ציץ אליעזר ח"ד סי' יג אות א. [140] שו"ת רב פעלים ח"ג הארו"ח סי' לו. [141] שו"ת שבט הלוי ח"ד סי' קנא; שו"ת וישב משה ח"ב סי' ח. [142] פרישה יו"ד סי' שלו אות ז; ערוה"ש יו"ד שלו ב; הגר"ש גורן, דיני ישראל, ז, עמ' יז ואילך; שו"ת באר משה ח"ד סי' פג אות ז; שו"ת שבט

וחייב בדיני שמים¹⁴⁸; ויש מי שכתב, שאם טעה עקב התעצלות וחוסר עיון מספיק, או שהיה רופא צעיר וחוסר נסיון ולא התייעץ עם בכירים ממנו, הרי הוא חייב גם בדיני אדם ככל חובל רגיל¹⁴⁹.

והוא-הדין ברופא אשר בגלל חוסר תשומת לב מספקת טעה והזריק זריקה במקום שלא היה ראוי להזריק, ועל ידי זה נגרמה חבלה לחולה, או שהחולה מת כתוצאה מכך, הרי הוא חייב¹⁵³.

יש מי שכתב, שאם רופא אחר קבע אבחנה אחרת, והרופא הראשון התעקש על אבחנתו, ולא התחשב באפשרויות האחרות, וגרם נזק או מוות לחולה, הרי הוא חייב¹⁵⁰. וכן רופא שהתעקש לתת טיפול מסויים, למרות שהעירו את תשומת לבו לאפשרות של סכנה בטיפול זה במצבו של החולה, ואכן התברר שהוא טעה בהערכתו ונגרם נזק לחולה בגלל התעלמותו מהערות הסובבים, הרי הוא חייב לשלם את הנזק מדיני שמים, ואם מת החולה, הרי הוא חייב גלות¹⁵¹.

וכן רופא שטעה ונתן משחה חריפה במקום שלא היה צורך בזה כלל, ועקב כך ניוזק החולה או שמת, הרי הוא חייב¹⁵⁴.

וכן רופא שתוך כדי הטיפול חתך במקום שלא היה צריך לחתוך כלל, ועל ידי זה ניוזק החולה, הרי הוא חייב בתשלומים¹⁵⁵.

וכן רופא שניתח, וחתך יותר מהראוי, או שטעה בכך שלא היה צורך כלל בניתוח, ועקב כך מת החולה, הרי זו רשלנות, וחייב גלות¹⁵⁶.

רופא שנתן תרופה לחולה בסוברו שהיא התרופה המתאימה למחלתו, והתברר שהוא טעה בכך והחולה ניוזק או מת, הרי הוא פטור; אבל אם מתוך חוסר תשומת לב מספקת החליף הרופא את התרופה, ובמקום להזריק את החומר הדרוש לרפואתו של החולה, טעה והזריק לו חומר אחר, שגרם לו נזק או שגרם למותו, הרי הוא חייב בתשלומים ובגלות¹⁵².

מעשה ומחדל – דין חיוב הרופא בניזיקין הוא לאו דווקא אם עשה מעשה, אלא גם אם נגרם לחולה נזק בגלל התרשלות הרופא בשב ואל תעשה, כגון שלא בא לחולה כשנקרא אליו באמצע הלילה, ובפרט אם החולה בא לרופא מסויים ועליו הוא סמך, יכול לתובעו בבית דין על כך¹⁵⁷.

[148] ערוה"ש יו"ד שלו ב. [149] החיד"א טוב עין סי' ט אות ח; עשה לך רב, ח"ג סי' ל; הרב ש. דייכובסקי, תחומין, יז, תשנ"ז, עמ' 327 ואילך. [150] שו"ת בית אהרן (ר' אברהם אשכנזי), ח"א חיו"ד סי' ב אות ג. [151] שו"ת מעשה אברהם ח"א חיו"ד סי' נה. [152] שו"ת ציץ אליעזר ח"ה קונט' רמת רחל סי' כג; שו"ת מנחת יצחק

ח"ג סי' קד. [153] שו"ת ציץ אליעזר שם. [154] שו"ת רמ"ץ (ר' מאיר צבי ויטמאיר) סי' יט. [155] שו"ת שבט הלוי ח"ד סי' קנא; שו"ת וישב משה ח"ב סי' ח. [156] משפטים לישראל (יעקב משה גינצבורג), עמ' שכד; הרב ש. טוירק, הדרום, י, תשי"ט, עמ' 114 ואילך. [157] הגרש"ז אויערבאך והגרי"ש אלישיב, הובאו דבריהם

עניינים שונים

החולה היה מודע למצבו הקשה, ובכל זאת הסכים שהרופא ינסה להצילו, אם מת החולה מהטיפול, הרופא פטור מעונש גלות¹⁶³, והיינו שהחולה בא מרצונו הטוב לרופא המנתח, וידע מראש שלא תמיד מצליח הניתוח, ובכל זאת הסכים לכך, אם מת החולה, פטור הרופא¹⁶⁴.

עוד יש מי שכתב, שאם הרופא יודע מראש שבמצב שבו נתון החולה יש סיכון רב בניתוח, אלא שזהו הסיכוי היחיד להאריך את חייו, אם מת החולה בזמן הניתוח, פטור הרופא מגלות, כי זה דין של אונס ולא דין של טעות בשגגה¹⁶⁵.

חולה שעבר על הוראות הרופא וניזוק או מת, אין האחריות על הרופא¹⁶⁶.

נסיעה להצלת חולה – רופא שנהג במהירות כדי להגיע לחולה מסוכן, או נהג אמבולנס שנהג במהירות כדי להעביר חולה מסוכן לבית החולים, ובדרכם דרסו עובר אורח, הרי הם פטורים מגלות, אבל צריכים קצת תשובה, כי מגלגלים זכות על ידי זכאי, וחובה על ידי חייב¹⁶⁷, וכן פטור מתשלומים אם גרם נזק לזולת תוך כדי נסיעתו¹⁶⁸.

רופא-כהן – כהן שהרג אדם, אפילו נגרם הדבר בשגגה, הרי הוא פסול לנשיאת כפיים בברכת כהנים¹⁵⁸. יש מי שכתב, שהוא-הדין ברופא-כהן, אף שהדבר לא מוזכר במפורש בפוסקים¹⁵⁹; ומכל מקום, אם חזר בתשובה, מותר לשאת כפיו לכל הדעות, כי נתכווין לדבר מצווה¹⁶⁰.

גילוי רשלנות – יש מי שכתב, שאם רופא יודע שחברו הרופא התרשל בתפקידו ועקב כך גרם נזק לחולה, הרי הוא חייב להודיע לממונים עליו, בתנאי שברור לו מעל כל ספק שהיתה כאן רשלנות, ובוודאי אם מעשיו של הרופא הרשלן עלולים להזיק לחולים נוספים¹⁶¹.

עוד יש מי שכתב, שאין לרופא לספר לחולה או לבני משפחתו שחברו הרופא התרשל בתפקידו, אם יודע הוא שהחולה או בני משפחתו יתבעוהו בבית דין או בערכאות, אלא אם כן הוא חושב שיש מספיק נתונים שלפיהם תהא תועלת לחולה בבית דין¹⁶².

הסכמת החולה – יש מי שכתב, שאם

אויערבאך, הובאו דבריו בנשמת אברהם שם. [163] שו"ת אדמת קודש ח"א חאבהע"ז סי' כג. [164] שו"ת מנחת שלמה ח"ב סי' פב אות ח. [165] הגר"י גולדברג, תחומין, יט, תשנ"ט, עמ' 317 ואילך. [166] כן משמע מפסיקתא דרב כהנא, יד. [167] הגר"י זילברשטיין, הלכה ורפואה, ב, תשמ"א, עמ' רפז ואילך. וראה ערוה"ש חו"מ שעח יט. [168] הגרש"ז אויערבאך, הובאו דבריו בנשמת אברהם חחו"מ

בנשמת אברהם ח"ה חיו"ד סי' שלו סוסק"א. [158] ברכות לב ב; רמב"ם תפילה טו ג; טוש"ע או"ח קכח לה. [159] הרפואה והיהדות, עמ' 270-269. וראה שם בהע' 59, שדבר זה שונה מעמדת הנצרות. וראה עוד בע' כהן הע' 113 ואילך. [160] ראה ע' כהן הע' 113 ואילך. [161] נשמת אברהם ח"ה חיו"ד סי' שלו סק"א. וראה עוד – Rosner F, et al, *Arch Intern Med* 160:2089, 2000 [162] הגרש"ז

אם נכשל הרופא בכך שלא קיים כלפי החולה את חובת הזהירות המתחייבת בנסיבות העניין, לפי הנתונים שבידו, הריהו נושא באחריות בנוזקין ככל בעל מקצוע אחר, וכאשר מייחסים לרופא רשלנות בטיפול רפואי, תיבחן אחריותו על פי קריטריונים המנחים בתי משפט בבחינת מידת האשמה של בעלי מקצוע מיומנים במלאכתם¹⁷⁵.

רשלנות אזרחית – עולת הרשלנות בנוזקין, היינו הרשלנות מבחינה אזרחית, הוגדרה ונוסחה בפקודת הנוזקין:

“עשה אדם מעשה שאדם סביר ונבון לא היה עושה באותן הנסיבות, או שלא עשה מעשה שאדם סביר ונבון היה עושה באותן נסיבות, או שבמשלח יד פלוני לא השתמש במיומנות או לא נקט מידת זהירות שאדם סביר ונבון וכשיר לפעול באותו משלח יד היה משתמש או נוקט באותן נסיבות, הרי זה התרשלות; ואם התרשל כאמור ביחס לאדם אחר שלגביו יש לו באותן נסיבות חובה שלא לנהוג כפי שנהג, הרי זו רשלנות, והגורם

ביטוח רפואי – רופא המבוטח בחברת ביטוח, היינו שמשלם פרמיה קבועה עבור מצב שאם מישו ייזוק בגינו, תשלם חברת הביטוח, חייבת החברה לשלם את הנוזק, גם אם בית משפט חייב את הרופא מדיני רשלנות שלא על פי דין תורה¹⁶⁹.

עבד כנעני – רופא שטיפל בעבדו הכנעני החולה והזיק לו, הרי הוא יוצא לחירות¹⁷⁰, אף על פי שהרופא עשה לטובתו של העבד¹⁷¹.

ו. רקע משפטי¹⁷²

הגדרות ועקרונות

חובת הזהירות – כללי הרשלנות הרפואית נגזרים במידה רבה מכללי הרשלנות בדרך כלל. חובת הזהירות כלפי המטופל נגזרת על הרופא הן מחובת הזהירות הכללית בפקודת הנוזקין, והן מחובת הזהירות המיוחדת בחוק העונשין¹⁷³. קיימת חובת זהירות מושגית וקונקרטית של הרופא כלפי המטופל¹⁷⁴.

רק מקצת מפסקי הדין הללו, כאלו שיש בהם עקרונות והנחות בסיסיות. [173] ראה להלן הע' 176 ואילך. [174] ע"א 4025/91 צבי נ' קרול, פ"ד (3) 784; ת"א 3161/01 (מחוזי י-ם), אלה חלמסקי ואח' נ' מדינת ישראל (טרם פורסם). וראה – א. ברק, שיקול דעת שיפוטי, תשמ"ז, עמ' 461 ואילך; ע. אור וא. נירנברג, רשלנות רפואית, תש"ס, עמ' 281 ואילך; א. כרמי, בריאות ומשפט, 2003, עמ' 95 ואילך. [175] ע"א 744/76, שרתיאל נ' קרפלאר, פד"י לב(1), 113; ת"א (י-ם) 1252/82, פרופטה נ' טרויץ.

סי' שעח סק"א. [169] הגרו"נ גולדברג, תחומין, יט, תשנ"ט, עמ' 317 ואילך. [170] כדן תורה המבואר בשמות כא כו-כו. [171] קידושין כד ב, מחלוקת; רמב"ם עבדים ה יג; טוש"ע יו"ד רסז לו. [172] קיימות פסיקות רבות של בתי המשפט בישראל על כל דרגותיו בענייני רשלנות רפואית. רכז הרבה פסקי דין בניהן, מסודרים על פי מקצועות רפואיים ניתן למצוא בששת כרכי האוגדנים "רשלנות רפואית בפסיקה" בעריכת א. גלרט וג. פרישטיק, בהוצאת כרמל ספרות משפטית (ללא תאריך). במסגרת זו יובאו

ברשלנות נזק לזולתו עושה עוולה¹⁷⁶; "החובה האמורה בסעיף 35 מוטלת כלפי כל אדם, וכלפי בעל כל נכס, כל אימת שאדם סביר צריך היה באותן הנסיבות לראות מראש שהם עלולים במהלכם הרגיל של דברים, להיפגע ממעשה או ממחדל המפורשים באותו סעיף"¹⁷⁷.

רשלנות פלילית – בחוק העונשין נקבעו הגדרות אחדות הנוגעות לאחריות הפלילית של פעולה רשלנית בדרך כלל, ושל פעולה רפואית-טיפולית במיוחד:

"הגורם שלא בכוונה למותו של אדם מחוסר זהירות, או במעשה פזיז, או לא איכפתי, שאינם עולים כדי התרשלות פושעת, דינו מאסר שלוש שנים"¹⁷⁸. זהו הבסיס לרשלנות רפואית פלילית, היינו לתביעה פלילית נגד רופא שגרם למותו של חולה ברשלנות.

כמו כן נקבע בחוק העונשין: "העושה אחת מאלה בדרך נמהרת או רשלנית, או שיש בה כדי לסכן חיי אדם, או לגרום לו חבלה, דינו מאסר שלוש שנים: ... (7) נותן טיפול רפואי או כירורגי לאדם שהתחייב לטיפול בו; (8) מוכר, מספק, נותן או מפעיל תרופה או חומר מרעיל או מסוכן"¹⁷⁹. עוד נקבע בחוק העונשין:

בית המשפט העליון הכריע, כי הגדרת הרשלנות בפקודת הנוזיקין, היינו בתביעות אזרחיות, משמשת אף לעניין הגדרת הרשלנות הפלילית¹⁸¹.

עונשים – מלבד הסנקציות האזרחיות והפליליות העומדות נגד רופא שהוא שם ברשלנות עלולות להיות מוטלות עליו גם סנקציות במישור המנהלי-משמעותי. דבר זה יכול להיעשות על ידי נזיפה משר הבריאות, התראה נגד הישנות מעשים רשלניים, ואף שלילת רשיונו לזמן מוגבל או לצמיתות¹⁸².

מטרות ענישה על רשלנות – ניתן להצביע על מספר מטרות בענישה של עולת הרשלנות:

הרתעה והעלאת רמת הזהירות

לממשלה, פ"ד יד, 2365; ע"פ 70/64, שטריט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(3), 395. [181] ע"פ 47/56, מלכה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פד"י, ו, 1545. וראה גם ע"פ 54/57, מנחם דרבסקי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פד"י, יב, 655; ע"פ 186/80, יערי נ' מדינת ישראל, פד"י לה(1), 769. [182] ראה סעיף 41 לפקודת הרופאים (נוסח חדש) תשל"ז-1976. וראה ע' רופא

[176] סעיף 35 לפקודת הנוזיקין (נוסח חדש). [177] סעיף 36 לפקודת הנוזיקין (נוסח חדש). [178] סעיף 304 לחוק העונשין תשל"ז-1977. [179] סעיף 338 (7-8) לחוק העונשין תשל"ז-1977. [180] סעיף 325 לחוק העונשין תשל"ז-1977. לפרשנות סעיף זה ראה ע"פ 180/61, אלפרט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טו, 1416; ע"פ 245/60, אנסיף נ' היועץ המשפטי

ואמות-המידה ההתנהגותיים של בני אדם, ודבר זה בוודאי נכון לגבי הרופאים, העוסקים בטיפול בבני אדם; תפיסות של "פיזור הנזק"; ותפיסה לפיה על המזיק לשאת בתוצאות מעשיו כעקרון של מוסר, הגינות וצדק¹⁸³.

כללי הוכחת רשלנות רפואית

היסודות להוכחת רשלנות – על פי סעיפי החוק בפקודת הנזיקין¹⁸⁴ עולה כי היסודות הדרושים להוכחת רשלנות הם:

על הנתבע היתה מוטלת חובת זהירות ביחס לתובע; הנתבע עשה מעשה או מחדל שיש בו משום הפרת חובת הזהירות הזו; לתובע נגרם נזק; הנזק שנגרם לתובע הוא כתוצאה מהפרת חובת הזהירות על ידי הנתבע, היינו קיים קשר סיבתי בין הרשלנות לבין הנזק.

לעומת זאת לא קיים יסוד הכוונה בהוכחת רשלנות אזרחית. לשון אחרת, עבירת הרשלנות כוללת מעשים או מחדלים האסורים על פי החוק, בהיותם מזיקים או עלולים להזיק, ואשר בעצם התרחשותם, או בצורה שהתרחשו, מציגים

סטייה מנורמת התנהגות אובייקטיבית, כולל רמת הזהירות הרצויה¹⁸⁵.

זהירות מושגית וזהירות קונקרטי – כדי להוכיח את יסודות עוולת הרשלנות יש להוכיח רשלנות מההיבט העקרוני המתייחס לשאלה אם ביחס לסיכון מסויים קיימת חובת זהירות ("חובת זהירות מושגית"), ולאחר מכן יש להוכיח כי בנסיבות המקרה הספציפי אמנם היתה קיימת חובת זהירות ("חובת הזהירות הקונקרטית")¹⁸⁶.

באופן כללי צריך בית המשפט לבחון האם יכול היה הנתבע לצפות שרשלנותו תגרום לנזק, והאם צריך היה לצפות כי התרשלנותו תגרום לנזק. המחוקק איננו מגדיר את מונח הציפיות, והשופט אמור לצקת תוכן למונח זה. הוא חייב לעשות זאת על פי שיקולים של מדיניות משפטית, שמשמעותה היא המטרות החברתיות ואמות המידה הנאבקות על הבכורה¹⁸⁷. אם התשובה לשאלות אלו היא חיובית, תישאל השאלה האם קיימים נימוקים של מדיניות משפטית העשויים לשלול את קיומה של החובה לזהירות¹⁸⁸. ביחסי חולה-רופא ניתן לומר, כי כמעט תמיד

500/82, עיוני נ' עזקר, פ"ד מ(2), 733; ע"א 543/81, מפעלי רכב אשדוד נ' ציויק ואח', פ"ד מא(3), 169; ע"א 576/81 אילן בן שמעון נ' אלי ברדה ואח', פ"ד לח(1), 7; ע"א 429/82, מדינת ישראל נ' סוהן, פ"ד מב(3), 733. וראה בספרו של א. ברק, שיקול דעת שיפוטי, עמ' 452-454. וראה עוד מאמרו של י. דייזיס, פסקי דין רפואה ומשפט, 1989, עמ' 171 ואילך. [187] א. ברק, שיקול דעת שיפוטי, עמ' 454. וראה גם ע"א 576/81 אילן בן שמעון נ' אלי ברדה ואח', פ"ד לח(1), 7. [188] ראה בכמה מפסקי הדין בהע'

הע' 319 ואילך. [183] ראה א. ברק, שיקול דעת שיפוטי, 1987, עמ' 454 ואילך. [184] סעיפים 35-36 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש). [185] ראה בס' רשלנות רפואית ביהדות ובישראל, עמ' 62. [186] עקרונות אלו נקבעו במספר פסקי דין של בית המשפט העליון – ע"פ 186/80, יערי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1), 769; ע"א 145/80, ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש ואח', פ"ד לז(1), 113; ע"א 862/80, עיריית חדרה נ' זוהר, פ"ד לז(3), 141; ע"א 243/83, עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1), 113; ע"א

דרישות לחובת רשלנות

'הרופא הסביר' – מבחן המעשה הספציפי או המחדל הספציפי של רופא הוא מבחן 'הרופא הסביר', היינו רופא השומר על הדרישות שמציגה חובת זהירות סבירה בכל הקשור למתן טיפול רפואי לחולה שבית המשפט מעצב לצרכי הדיון בשאלה האם רופא זה או אחר, אשר נתן בפועל טיפול רפואי, מילא את חובת הזהירות המקצועית המוטלת עליו. רופא אינו נדרש לגלות רמה מקצועית 'אידיאלית', לעומת זאת אין הוא יכול להרשות לעצמו לפעול ברמה מקצועית, הנופלת מהרמה המיוחסת על ידי בית המשפט לרופא סביר¹⁹². בית המשפט אינו קשור לרמה 'מצויה' או 'מומצעת', אלא לרמה 'רצויה' או 'הולמת'. הרמה הסבירה היא הרמה הדרושה לאוכלוסייה על פי השקפתו של בית המשפט. לא הרופא הממוצע, המצוי בפועל, הוא המדד לקביעת סטיה מרמת רפואה סבירה, אלא הרופא ה'רצוי', שבית המשפט משרטט את דמותו¹⁹³. בין השאר נדרש מהרופא לבסס את החלטותיו על הידע העדכני הנתמך בספרות מקצועית, נסיון קודם, והכל בהתאם לנורמות מקובלות באותה עת בעולם הרפואה¹⁹⁴. עליו להיות ער להתפתחויות וחידושים בעולם הרפואי

קיימת חובת זהירות "מושגית", ולעניין חובה זו אין הבדל אם המטופל פנה מיוזמתו-הוא אל הרופא, או שהוא הופנה לרופא על ידי צד שלישי, כגון מעביד או נציג של חברת ביטוח; כמו כן אין זה משנה כלל אם הפונה לרופא מתלונן על כאב או פגם כלשהו, או שהוא חש עצמו כבויא¹⁸⁹. לכן בדיונים המשפטיים בתביעות רשלנות נדונה בעיקר השאלה אם במקרים הקונקרטיים היתה קיימת חובת הזהירות.

קשר סיבתי – כאשר בית המשפט דן באחריות הרופא לנזק, עליו להחיל את מבחני הקשר הסיבתי¹⁹⁰. על מנת שניתן יהא לומר כי לנזק יש קשר סיבתי להפרת חובת הזהירות, יש להוכיח כי ההתנהגות הרשלנית מהווה מבחינה טכנית-עובדתית-מדעית סיבה הכרחית לתוצאה, ושאי אפשר למנוע את הנזק באמצעות התנהגות רשלנית אחרת. קשר סיבתי מספיק על מנת לקבוע אחריות בנוזקין.

אם נצפה תהליך שיכול לגרום לנזק, והרופא לא נזהר בו, אף שלבסוף נגרם נזק אחר שאיננו הנזק הצפוי, מכל מקום אחראי הרופא לנזק זה¹⁹¹.

ישראל נ' ד"ר דולברג (לא פורסם); ע"א 2694/90, הסתדרות מדיצינית הדסה נ' מימון, פ"ד (5), 628; רשלנות רפואית ביהדות ובישראל, עמ' 44 ואילך. [193] רשלנות רפואית ביהדות ובישראל, שם. וראה מאמרו של א. כרמי, מכתב לחבר, 30: (3) 63, 2001. [194] ע"א 323/89 קוהרי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(2) 142, 172; ע"א 3709/96, 4364, קופת חולים ואח' נ' יפה פלד

186 לעיל. [189] ראה ע"א 4025/91, יצחק צבי נ' ד"ר י. קרול ואח', פ"ד נ(3), 784. [190] היינו במובן סעיף 64 לפקודת הנוזקין (נוסח חדש) – ראה ע"א 404/79, בריגע נ' ש.ט.ר. בע"מ, פד"י לה(2), 443; ע"א 195/80, ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש, פד"י לז(1), 113. [191] דנ"א 7794/98 רביד משה נ' דניס קליפורד (טרם פורסם). [192] תפח' 854/80, מדינת

והמדעי הרלוונטי, ועליו לנהוג בהתאם לתוצאות המחקרים הלכה למעשה¹⁹⁵. משהונהגה פרקטיקה חדשה ומתקדמת יותר בבית החולים שבו עובד הרופא, היה עליו להכיר פרקטיקה זו ולנהוג על פיה, ומשלא עשה כן הפר הוא את חובת הזהירות והתרשל¹⁹⁶. השאלה אם הטיפול הרפואי שניתן לחולה הוא מתאים ואם לא נתונה אמנם להכרעתו של בית המשפט, אבל בכואו להחליט בשאלה כזו, שהנה רפואית מקצועית, טבעי שבית המשפט ייעזר ברופאים מומחים לדבר¹⁹⁷. בשנים האחרונות התרבו הנחיות מקצועיות כתובות של חברות רפואיות-מקצועיות ביחס לאמות-מידה רפואיות מקובלות ורצויות במחלות רבות ומגוונות. ישנה נטייה גוברת להשתמש בהנחיות אלו כבסיס לקביעה אם רופא מסויים התנהג על פי אמות המידה הסבירות ביחס לאותה מחלה¹⁹⁸. כאשר ההנחיות המקצועיות נכתבות על ידי טובי המומחים בתחום הנידון, כאשר קיימת מערכת בקרה ועידכון שוטף של ההנחיות, וכאשר ההנחיות הן מאוזנות מבחינת הגישות השונות, והשיקולים הרחבים, הרי הן יכולות לשמש בסיס לשיפור איכות הטיפול הרפואי, אך הן יכולות גם לשמש כבסיס לתביעות רשלנות.

חובה להביא לידיעת המטופל – הרופא אינו יוצא ידי חובתו בכך בלבד שהוא מקבל את ההחלטה ההולמת ואת הממצאים הגלויים, אלא שומה עליו לפעול בשקידה ראויה ובמאמץ סביר על מנת שהממצאים הללו אכן יובאו לידיעתו של המטופל¹⁹⁹.

חובת הצפי – אין בית המשפט שואל את עצמו רק מה צפה הרופא במצב נתון מסויים, אלא גם מה צריך היה לצפות ומה יכול היה לצפות נוכח התפתחות הדברים²⁰⁰.

רשלנות איבחונית – רופא שדבק באבחנה אחת, ולא שקל אפשרות של מחלה אחרת, אף שהתסמינים יכלו להתאים גם למחלה אחרת, הרי הוא נחשב כרשלן²⁰¹.

רופא שטעה באבחנה שרופא סביר באותו מקצוע לא היה טועה בו, הרי הוא נחשב כרשלן²⁰².

רנטגנולוג שטעה באבחנה איננו מהווה הגנה לכירורג שסמך על תשובת הרנטגנולוג, אלא עליו להסתכל בעצמו בצילומים, ואם לא עשה כן, וטיפל בחולה

פ"מ ל"ג, 312. [198] ראה Hyams AL, et al, *Ann Inter Med* 122:450, 1995 [199] ע"א 58/82, קנטור נ' מוסייב, פד"י לט(3), 253. וראה להלן הע' 248. [200] ע"א 58/82, שם. [201] בית דין צבאי ע/ 248/79 ד"ר ליצ'נסקי נ' התצ"ר. [202] ע"א 171/74, תקציר פד"י, ט, חוברת 20, 282; א. כרמי, הרופא החולה והחוק,

ואח' (וראה ביקורת נוקבת על פסק דין זה במאמרו של ש. אהרנסון, מכתב לחבר, 11:5)61, 1999, וכן במאמרו של א. כרמי, מכתב לחבר, 62(6-7):38, 2000. [195] ת"א (ת"א) 1953/64, קופלמן ואח' נ' לוי ואח', פ"מ, נט, 168. [196] ע"א 3056/99 רועי שטרן נ' המרכז הרפואי שיבא, פ"ד נו(2) 936. [197] ת"א (חיפה) 912/60,

על פי האבחנה המוטעית של הרנטגנולוג, הרי הוא רשלן²⁰³.

רופא שלא השכיל לאבחן מצבו של חולה, אך המשיך לעכב את הטיפול בו, תחת אשר יפנה אותו למומחה רפואי, עלול להימצא רשלן. אין לוותר על אמצעי מומלץ על ידי מומחים ולסמוך על ניסיונו האישי, ויהא עשיר ככל שיהיה²⁰⁴.

במקרה שרופא קובע אבחנה שונה מזו של הרופא המטפל, הרי רופא זהיר במידה סבירה צריך לבדוק מיד את החולה, כדי לוודא אם נכונה הקביעה של הרופא האחר. לאחר מכן, על פי הממצאים וההערכה שלו, עליו להחליט על דרך הטיפול הנאותה. רופא המתעלם מהאבחנה האחרת ואינו שוקל עד כמה היא נכונה ייחשב כרשלן²⁰⁵.

רשלנות בבדיקה — רופא שנמנע מלבצע בדיקה שגרתית פשוטה בעזרת מכשיר, כגון מדידת חום על ידי מד-חום, והסתפק בהתרשמותו הקלינית בלבד, כגון מימוש בראש, הרי זו רשלנות²⁰⁶.

טיפול בהתנדבות — רופא חייב חובת זהירות גם כאשר הוא מטפל בחולה בהתנדבות, ללא קבלת תמורה, או בתנאי חירום²⁰⁷.

רשלנות במרשם — רופא שרשם בטעות מרשם לתרופה בכמות קטלנית, נחשב כרשלן אף שהרוקח היה צריך להעמידו על טעותו, ואף שהרוקח הוא שנתן לחולה את הכמות המוטעית על פי המרשם הרפואי²⁰⁸.

חוסר מומחיות — רופא איננו יכול להתגונן בטענה של חוסר מומחיות בתחום רפואי מסויים, שכן במקרה כזה עליו להתייעץ עם מומחה בשטח זה²⁰⁹.

רופא מתחיל וחסר ניסיון לא יכול להתגונן בטענת חוסר ניסיון, ועליו להתייעץ עם רופאים מנוסים יותר²¹⁰.

סטודנט לרפואה הורשע ברשלנות על כך שלא השגיח די הצורך והזריק בטעות חומר רעיל אשר גרם למותו של החולה²¹¹.

נהלים רשמיים — רופא איננו יכול להסתתר מאחורי הסדרים מנהליים אם הם אינם תואמים התנהגות סבירה של רופא כלפי החולה. לפיכך אם רופא איננו מתייחס באופן אישי ובלתי אמצעי לחולה שבטיפולו, ונגרם נזק לאותו חולה, אשר יכול היה להימנע אילו היה הרופא מעורב אישית ובמישרין במצבו, הרי הוא נחשב כרשלן, גם אם הנוהל הרשמי איננו מחייב

עמ' 85. [203] ת"א (חיפה) 1184/72 (לא פורסם); א. כרמי, הרופא החולה והחוק, עמ' 87. [204] ת"א 294/47, אלישע גייסמן נ' ד. אורבך, פ"מ ד, 72. [205] ע"א 552/66, פד"י כב(2), 481. [206] בית דין צבאי ע/ 248/79, שם. [207] א. כרמי, מכתב לחבר, 65(6), סיון-תמוז, תשנ"ד, עמ'

6 ואילך. [208] ע"פ 180/61, אלפרט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פד"י, טז, 1416. [209] ת"א (חיפה) 746/69, כהן נ' מדינת ישראל, פ"מ תשל"ה, א, 8. [210] ת"א (י-ם) 181/61, קסתיאל נ' בנין וביצוע, פ"מ, לט, 56. [211] ע"פ 238/79, פטריק קוזוב נ' מדינת ישראל, פד"י

התייחסות כזו²¹².

הימנעות מטיפול רפואי או ביצוע בדיקות מסויימות יכול להיחשב כרשלנות²¹⁷.

חוסר זהירות – רופא שהזריק זריקה לחולה, והמחט נשברה בגופו של החולה, עובדה זו כשלעצמה איננה מעידה על רשלנות או על חוסר זהירות מטעם הרופא²¹³. אכן, מציאות מכשיר או חפץ אחר בגופו של החולה לאחר ניתוח, כשדבר כזה לא צריך להיות שם, נחשב על פניו כרשלנות²¹⁴.

בירור נדרש – אין הרופא יוצא ידי חובתו רק בכך שהוא מסיק את המסקנה הנכונה מן העובדות המובאות לפניו. מוטלת עליו גם החובה לגלות יוזמה ולברר את העובדות לאשורן. חלק מכישוריו של רופא סביר הוא לדעת לשאול, לחקור ולברר בדבר קיומן של תופעות מסויימות. לא אחת, כדי לאבחן כראוי את מצבו של החולה, נדרש הרופא שלא להסתפק במה שרואות עיניו, אלא מוטלת עליו החובה לאמת או לשלול ממצאים מסויימים שיש בהם כדי לסייע לאבחון הנכון²¹⁸.

טיפולים שגויים – אם נמצא על ידי בית המשפט שהטיפול הרפואי שניתן על ידי רופא לא היה ראוי ומתאים כפי מה שניתן היה לצפות מרופא בעל מיומנות רגילה במקצועו, או שהיה במצבו של החולה כדי להעמיד את הרופא הכללי על כך שהטיפול בו הוא מעבר ליכולתו של רופא כללי ומחייב אשפוז בבית חולים, או טיפול מקצועי על ידי רופא מומחה לדבר, הרי זו רשלנות²¹⁵.

'הולדה בעוולה' – על רשלנות בחוסר אבחון מומים בעובר, ותביעות בגין "הולדה בעוולה" – ראה ערך עָבֵר.

בדיקות – רופא שנמנע מלבצע בדיקות מתאימות, ועקב כך התעכבה האבחנה הנכונה ונגרם נזק לתובע, הרי הוא נחשב כרשלן²¹⁶.

רשלנות באוטונומיה – יכולה להיות עילה לתביעה בגין רשלנות גם כאשר תהליך הטיפול היה תקין ומקובל באמות המידה הרפואיות, אלא שלא נהג הרופא כמקובל וכראוי ביחס לגילוי המידע הנחוץ לחולה לשם קבלת החלטה להסכמה מודעת. לשון אחרת, אם נהג הרופא שלא כדין ביחס לכללי ההסכמה המודעת, אף שנהג נכון וכמקובל מבחינה רפואית-מקצועית, יכול החולה לתבוע את הרופא

על הרופא לבצע את כל הבדיקות הנחוצות לאבחון המחלה או להחלטה טיפולית, אף אם התופעה היא נדירה, ובלבד שהיא ידועה למדע הרפואה;

746/76, שרתיאל נ' קפטר, פד"י לב(1), 113. [216] ע"א 4641/94 + 5651/94, רן כהן ואח' נ' עיריית ת"א ואח', פד"י, ג(1), 422. [217] ראה ע"א 612/78, פאר נ' קופר, פ"ד לה(1), 720. [218] ע"פ 116/89, אנדל נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(5), 276.

לד(2), 664. [212] ע"א 410/93, יגר נ' שר הבריאות וועדת המשמעת, פד"י מח(4), 97. [213] ת"א (ת"א) 1953/64, קופלמן נ' לוי, פ"מ, נט, 168. [214] ע"א 164/57, גואטא נ' קופ"ח, פד"י, יב, 834. [215] ע"א 258/60, גרוס נ' רובינון וקופ"ח, פד"י, טז, 830. וראה גם ע"א

בעוולת רשלנות, אם נגרם לו נזק כתוצאה מהטיפול שניתן על ידי הרופא²¹⁹.

כך קרתה תאונה ונפגע אדם אחר²²².

דרגת הזהירות הנדרשת – ככל שרוב יותר הסיכון הכרוך במעשה או במחדל, כך גם גדלה מידת הזהירות המתחייבת בנסיבות כאלו, ולפיכך כשיש חשש לאוטם בשריר הלב נדרשת מידה גדולה של זהירות מצד הרופא המטפל, בפרט אם אין הוא מיומן במיוחד במצבים רפואיים כאלו²²³.

רישום רפואי – מקום שצריך לעשות רישום רפואי, וזה לא נעשה, ולא ניתן הסבר מניח את הדעת למחדל זה, יועבר נטל ההוכחה בדבר העובדות השנויות במחלוקת, שיכלו להתבהר מתוך הרישום, אל כתפי הרופא, או המוסד שבמסגרתו ניתנו השירותים הרפואיים²²⁴.

דרישות לשלילת רשלנות

מצבים חריגים – יש משפטנים הסבורים שיש על הרופא 'אחריות מוחלטת', היינו שיש לחייבו אף בנוק שנגרם לחולה בגין מצב חריג ונדיר, שבדרך כלל לא מחפשים אותו. דוגמא לכך הוא הדיון בבית המשפט שהתקיים בגין הצורך לקטוע רגל נימקית שהתפתחה לאחר ניתוח ליישור שוק. הסתבר שלחולה היתה היצרות עורקית מולדת, שהיא

יתר על כן, גם אם לא הוכחה כל רשלנות בטיפול הרפואי, ולא הוכח קשר סיבתי בין התנהגות הרופאים לבין המצב הרפואי של החולה, אם לא שמר הרופא על עקרונות האוטונומיה של החולה בכך שלא יידע אותו כראוי, ולא קיבל את הסכמתו המודעת כראוי, הרופא אשם והחולה זכאי לפיצוי בהתאם לנסיבות המקרה, גם אם ניתן להניח כי אילו קיבל החולה את ההסברים מראש היה מסכים לטיפול המוצע²²⁰.

עוד נפסק כי נדרשת בדרך כלל קבלת הסכמה מודעת ישירה ומפורטת, וכי הסכמה מכללא קבילה רק בנסיבות חריגות במיוחד, כגון כאשר מדובר בטיפול שהיה בלתי צפוי, ואשר אינו מגדיל את הסיכון לסיכונים, אלא אם הטיפול חיוני להצלת חיים²²¹.

רשלנות כלפי צד שלישי – יש שהרופא מתחייב בעוולת רשלנות כלפי צד שלישי, אף שאיננו החולה בטיפולו הישיר, כגון רופא שהתירשל באבחנה של מחלה מדבקת בחולה שבטיפולו, ועקב כך נפגע אדם אחר מאותה מחלה; או שרופא נתן תרופה שגורמת לעייפות לאדם שעיסוקו נהיגה בתחבורה ציבורית, ועקב

497; ע"א 6153/97 שטנדל נ' פרופ' שדה. [222] ראה בס' הרופא, החולה והחוק, עמ' 63 ואילך. [223] ע"א 746/76, שרתיאל נ' קפטר, פד"י לב(1), 113. [224] ע"א 612/78, פאר נ' קופר ואח', פד"י לה(1), 720; ע"א 58/82, קנטור נ' מוסייב, פד"י לט(3), 253; ע"א 6160/39, פד"י

[219] ראה בע' הסכמה מודעת ברקע המשפטי. וראה ת"א 597/94 דבידוביץ נ' ד"ר רוטו והסתדרות מדיצינית הדסה (טרם פורסם). [220] ע"א 2781/03 מיאסה עלי דעקה נ' ביי"ח כרמל, תק-על 93(3) 536. וראה ע' הסכמה מודעת. [221] ע"א 3108/91 רייבי נ' וייגל, פ"ד מוז(2)

תופעה נדירה, ולא גרמה כל סימפטומים לפני הניתוח. לאחר הניתוח נגרמה נפיחות ולחץ על העורק הצר, ועקב כך נגרם הנמק לרגל. בית המשפט העליון חייב את הרופא בנוק, שכן היתה עליו חובה לוודא לפני הניתוח אם החולה סובל מהיצרות עורקית נדירה זו²²⁵. מקרה נוסף מתייחס לפגיעה בצורה נדירה, שהטיפול שניתן לא היה כמקובל במצבים נדירים אלו, ובית המשפט העליון הטיל אחריות רשלנית על הרופא המטפל, שכן לדעת בית המשפט היה על הרופא להיות ער לכך, שדרך הטיפול השגרתית שעליה הורה יכולה להיות בלתי מתאימה ואף מזיקה, והיה עליו לשקול, בין היתר על ידי עיון בספרות המקצועית, מה היא דרך הטיפול הנכונה במקרה זה²²⁶. גם כאן מסתמנת התפיסה של אחריות מוחלטת, שכן המקרה הוא נדיר, ואף בספרות המקצועית יש מעט דיווחים על מקרים נדירים אלו, ובכל זאת היתה דרישה שעל הרופא לדעת זאת.

לעומתם יש משפטנים הסבורים, שאין להטיל על הרופא חובת אחריות בנוקים הנגרמים ממצבים חריגים²²⁷. לדעתם אין להרחיק לכת יתר על המידה בהטלת אחריות בתביעות נזיקין נגד רופאים²²⁸,

אין להעמיד דרישות מופרזות לעניין חובת הזהירות של הרופאים מטעמים שבתקנת הציבור, ואין להגדיל את מידת אחריותם כך שיחוייבו בגין כל כשלון בטיפול או בנייתוח למעלה מן המידה²²⁹. יש למצוא את המאזן הנכון בין המקרים המחייבים הטלת אשם על הרופאים, לבין המקרים בהם חרף התוצאה החמורה אין מקום להטיל אשם על הרופאים. הטלת אשם גורף על הרופאים תביא לתוצאות שליליות מבחינת האינטרסים של החברה, כדוגמת רפואה הגנתית, עלויות גבוהות וכיו"ב²³⁰. אין להאשים רופא ברשלנות אם לא הגיע לאבחנה נכונה, כשהיא נדירה ובלתי מצויה, ואשר על כן לא נלמדת בצורה מעמיקה מבחינה קלינית בבית הספר לרפואה, ואין רופאים צעירים מודעים לה די הצורך, כגון מחלת המלריה בישראל בשנים שהמחלה הודברה. טעויות כאלו בשיקול הדעת אינן מהוות רשלנות, שכן רופא ממוצע סביר היה יכול לטעות בהן²³¹. רופא שלא הגיע לאבחנה נכונה כאשר מדובר במצב נדיר, וכאשר יש סימנים למחלה אחרת שכיחה יותר, וכאשר בתוקף תפקידו ומומחיותו לא סביר שידע לאבחן את המחלה הנדירה, יש לראות בכך טעות בשיקול הדעת שאיננה מגיעה לממדי רשלנות²³².

שהדבר לא הוזכר בפקודת הנוזיקין, אבל יש בו כדי להזהירנו שלא נטיל חובת זהירות למעלה מן המקובל במקצוע זה, כדי שלא יימנעו רופאים מלעסוק ברפואה); ע"א 2989/95 מרים קורנץ ואח' נ' מרכז רפואי ספיר, פ"ד נא(4), 687. וראה עוד בס' רשלנות רפואית ביהדות ובישראל, עמ' 179. [230] ת"א (מחוזי י-ם), 605/94, מזרחי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם). וראה לעיל בחלק הרקע העובדתי. [231] ת"א 1746/55, מנחם נ' מדינת ישראל, פ"מ, יז, 284. [232] ת"א (חיפה)

נה(3), 117. [225] ע"א 612/78, פאר נ' קופת חולים, פד"י לה(1), 720. [226] ע"א 488/78, קופת חולים נ' אלקוסר פד"י לד(4), 246. [227] ראה בספר רשלנות רפואית ביהדות ובישראל, עמ' 54 ואילך. [228] ראה ע"א 705/78, רמון נ' מאוטנר, פד"י לד(1), 550. [229] ע"א 552/66, צביה לויטל נ' מרכז קופ"ח, פד"י כב(2), 480 (וראה בפסה"ד שם, 483, מפי השופט י. קיסטר, שיש מקום להשתמש בגישת ההלכה של התחשבות בתקנת הציבור, אף

טעות לעומת רשלנות – הפסיקה מבחינה בין התרשלות לבין טעות בשיקול הדעת שאינה עולה כדי התרשלות²³³, והמבחן אשר על בית המשפט לבחון בו מעשה או מחדל מסויים של רופא תוך כדי טיפולו המקצועי אם יש בו או אין בו משום רשלנות, איננו מבחן של חכמים לאחר מעשה, אלא של הרופא הממוצע בשעת מעשה; כל רופא עשוי לטעות, ולא כל טעות מהווה רשלנות²³⁴. במידה והרופא שקל מיגוון אפשרויות, כולל האפשרות שלאחר מעשה התבררה כאבחנה הנכונה, אך לאור הנתונים בשעת מעשה סבר הרופא כי האבחנה איננה נכונה, ועקב כך שגה וטיפל בחולה כאילו הוא סובל ממחלה אחרת, איננו נחשב כרשלן, וזוהי טעות בשיקול הדעת²³⁵. יש להבחין היטב בין אירוע שמקורו בחוסר זהירות או ברשלנות, לבין אירוע שהוא תקלה, שאין ולא כלום בינה ובין חוסר זהירות או רשלנות²³⁶, אחרת אנו עלולים לפגוע בהתפתחות ובשימוש הנאות במדע הרפואה, שהוא ערך סוציאלי ממדרגה ראשונה²³⁷. ואמנם לא כל טעות בשיקול הדעת תיחשב כהפרת חובת הזהירות²³⁸. רופא שמקבל על עצמו טיפול בחולה

איננו מבטיח את הצלחתו, מדע הרפואה אינו מדע מדויק, ואין הוא יכול להבטיח רק הצלחות, ללא כשלונות וללא סבוכים. לא כל תקלה או כשלון תוך כדי טיפול רפואי מסתבר כמעשה רשלנות דווקא; נהפוך הוא, בהיעדר נסיבות מיוחדות המצביעות על הסתברות של רשלנות, ההנחה היא כי התקלה או הכשלון נגרמו שלא ברשלנות הרופא, אלא על ידי גורמים אחרים²³⁹. מאי הצלחת ניתוח בלבד, או מנזק שנגרם עקב הניתוח, לא תמיד ניתן להסיק, ואף לא לכאורה, כי היתה רשלנות. ידוע כי לא כל ניתוח מצליח, אפילו נעשה על ידי מומחים ובתנאים הטובים ביותר. לכן דרושים בדרך כלל נתונים נוספים כדי שביט המשפט יוכל לקבוע שעל הרופא להראות או להוכיח שלא היתה פשיעה מצידו²⁴⁰. החובה המוטלת על פי דיני הרשלנות אינה לתוצאה אלא למאמץ²⁴¹. אכן, ההבחנה בין רשלנות לבין טעות בשיקול הדעת היא קשה ועדינה²⁴².

‘זמן אמת’ – בית המשפט אמור לבחון את מעשיו של הרופא על פי אמות המידה המקובלות והידע הרפואי בשעת

37. [236] ראה ע"א 6768/01, רגב נ' מדינת ישראל (טרם פורסם). [237] ראה ע"א 705/78, רמון נ' מאוטנר, פד"י לד(1), 550. [238] ע"א 552/66, לויטל נ' מרכז קופ"ח, פד"י כב(2), 480; ע"א 612/78, פאר נ' קופר, פד"י לה(1), 720. וראה מאמרו של י. דייזיס, פסקי דין רפואה ומשפט, 1989, עמ' 29 ואילך, על עמדות דומות בשיטות משפט אחרות. [239] ע"א 235/59, אלהנקרי נ' פולק, פ"ע נ"א, 63. [240] ע"א 552/66, לויטל נ' מרכז קופ"ח, פד"י כב(2), 480. [241] ע"א 4025/91, צבי נ' קרון, פ"ד נ(3), 784. [242] ראה ע"א 49/67, נפטגי נ' קלימן, פד"י כא(2), 583, 588.

1454/63, פ"מ נד' 380; א. כרמי, רפואה ומשפט, 1971, עמ' 258. [233] א. כרמי, רפואה ומשפט, 12, אפריל 1995, עמ' 4. [234] ע"א 280/60, פרדו נ' חפץ, פד"י טו, 1974; ע"א 323/89, קוהרי נ' משרד הבריאות, פ"ד מה(2) 142; ת. א. 605/94 (מחוזי י-ם), רחל מזרחי נ' מדינת ישראל ומשרד הבריאות. וראה עוד רשלנות רפואית ביהדות ובישראל, עמ' 155 ואילך. [235] ע"א 125/58, מנחם ואח' נ' מדינת ישראל, פד"י, יד, 537; ת"א (מחוזי י-ם) 605/94, מזרחי נ' מדינת ישראל, (טרם פורסם). וראה גם ת"פ (ת"א) 568/56, היועץ המשפטי לממשלה נ' ג'ורגי ופרידלנדר, פ"מ, יד,

לטיפול או לאיבחון, רשאי רופא לבחור באחת האפשרויות הסבירות, ואין לדאוג בכך רשלנות, גם אם נגרם עקב כך נזק לחולה.²⁴⁷

קשר רופא-חולה – אין חובה על הרופא "לרוץ" אחרי המטופל, ולפיכך אם שלח רופא את החולה לביצוע בדיקות, אין זו חובתו לדרוף אחרי החולה לקבלת הממצאים; מאידך, קיימת חובה על הגוף המבטח (כגון קופת חולים) לקיים מנגנון-מעקב אחרי בדיקות וממצאים, ולדאוג לכך שתוצאות הבדיקות המבוצעות במעבדה או במכון של המבטח יועברו לידיעת הרופא המטפל.²⁴⁸

ביקורות והצעות

פיצוי על אחריות ללא אשם – הטיפול המשפטי בתביעות רשלנות אזרחיות הוא ממושך, יקר ומסוכן. בכית המשפט צריך להוכיח חובת זהירות, הפרת חובת הזהירות, התנהגות רשלנית, נזק ומידת הנזק, וקשר סיבתי בין הנזק לרשלנות. ישנן הצעות לפשט את התהליך על ידי קבלת עקרון של פיצוי ללא צורך

מעשה, ולא על פי נתונים מדעיים הידועים בעת הדיון המשפטי, כחכמה לאחר מעשה, יחד עם זאת קיימת חובת התעדכנות וככל שמדובר בחידוש בעל חשיבות רבה יותר, אשר פורסם באופן בולט בספרות רפואית בעלת משקל, וככל שיש בחידוש למנוע סכנה גדולה יותר לבריאות, כן תגדל הנטייה לקבוע רשלנות עקב אי-התעדכנות בחידוש זה על ידי הרופא.²⁴³

אסכולות רפואיות – בשאלות רפואיות שבהן יש מחלוקת בין אסכולות רפואיות שונות, לא ניתן לקבוע רשלנות אם נהג רופא כאסכולה מקובלת אחת, שכן אין לדבר על התנהגות סטנדרטית אחידה.²⁴⁴ אסכולה איננה צריכה לקבל הסכמה כוללת ללא מחלוקת, אך צריך שהיא תהא מקובלת כדעה מבוססת במרכזים רפואיים חשובים, או על דעת מומחים מוכרים בעולם, ואף תוצג בספרי לימוד מקובלים כבעלי מעמד מקצועי מוכבד.²⁴⁵ אכן, דעת יחיד של רופא, או דעת בודדים בלבד, אין לראותן כ'אסכולה'.²⁴⁶

כמו כן כאשר קיימות מספר אפשרויות

נ' לוי, פ"מ, לה, 230; ע"א 144/59, ג.ד. נ' מרכז קופ"ח, פד"י, יד, 859; ת"א (מחוזי י-ם) 605/94, מזרחי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם); רשלנות רפואית ביהדות ובישראל, עמ' 107 ואילך. [245] ראה – רע"א 2027/94, קליג' נ' קצין התגמולים במשרד הבטחון, פ"ד (נ1), 529. [246] ע"א 408/70, מאיר נ' קצין תגמולים, פד"י, כה(1), 538. [247] ע"א 5681/93, קופ"ח כללית נ' פנינה ידיד (טרם פורסם); הרופא, החולה והחוק, עמ' 69 ואילך. [248] ע"א 6023/97, טייג' נ' ד"ר גלור וקופ"ח הכללית. וראה לעיל

590. וראה עוד גדרים והבחנות בין רשלנות וטעות בשיקול הדעת במאמרו של א. כרמי, מכתב לחבר, כרך 63, יוני-יולי 2001, עמ' 17 ואילך. [243] ע"א 3264/96, קופת חולים כללית נ' יפה פלד, תק-על 98(3), 172 (פד"י נב(4), 849); דנ"א 1833/91, קוהרי נ' מדינת ישראל, תק-על 91(2), 743 (פ"ד מזה(2), 142); ע"א 2509/98, תרצה גיל נ' קופת חולים הכללית; ע"א 3139/99 מוקה חיה נ' קופת חולים הכללית ומד"י. [244] ת"א (ב"ש) 324/82, עבדאללה נ' מפעלי ים המלח וקופת חולים (לא פורסם); ת"א 1953/64, קופלמן

בהוכחת אשמה²⁴⁹, היינו הענקת פיצויים סבירים והולמים לחולים שניזוקו במהלך הטיפול הרפואי, ללא צורך להוכיח אשמה של רשלנות, ובמסגרת וועדות-בוררות מיוחדות המורכבות מרופאים וממשפטינים, שכל עיסוקם הוא בנושא זה. בדרך זו היא הטיפול מהיר יותר, הן בקביעת הדיונים והן בהסקת המסקנות, פחות מסורבל, והעלויות לחברה יהיו נמוכות יותר²⁵⁰. אכן, גם לשיטה זו יש מגרעות, כגון הפחתת הבקרה הציבורית על איכות הטיפול הרפואי, והורדת מתח הזהירות מצד הרופאים בגין הסרת 'שוט' הענישה מעליהם²⁵¹.

גישור – מערכת חלופית לבית המשפט היא שיטת גישור. שיטה זו נוהגת כבר במספר מדינות מערביות, וקיימת הצעה להנהיגה גם בישראל²⁵².

שינוי חקיקה – יש מי שהציעו לשנות את החקיקה בישראל ביחס לרשלנות רפואית כדלקמן:

להקים טריבונלים ייחודיים לשיפוט מהיר ויעיל בנושאי רשלנות רפואית, אשר יהיו מורכבים ממשפטינים ורופאים; לקבל את העקרון של פיצוי ללא צורך בהוכחת אשמה; לקבוע גג לסכום הפיצוי בתביעות

על רשלנות רפואית; להקים קרן ממשלתית לנפגעי רפואה; לקצר את תקופת ההתיישנות בכל הנוגע לתביעות על רשלנות רפואית, כך שתהא 7 שנים בכל מקרה, כולל קטינים; לתת לתובע בחירה של פיצויים באחת משתי דרכים, ללא אפשרות מעבר ביניהם: (א) פיצוי מקרן 'נפגעי רפואה', בשיטה פיצוי ללא צורך בהוכחת אשמה, במתכונת הקיימת ביחס לנפגעי חיסון. היינו לקבוע רשימת מצבים ותוצאות של טיפולים אשר בגינם יש לפצות עד סכום-גג מסויים. סכום הפיצוי צריך להתחשב בקצבאות הנכות הניתנות ממילא על ידי מוסדות ממשלתיים, כגון המוסד לביטוח לאומי ומשרד הבטחון, ובשירותי הבריאות והשיקום הניתנים ממילא על ידי מבטחים רפואיים שונים, כגון משרד הבריאות, קופות החולים, וביטוחי בריאות; (ב) פיצוי על פי פקודת הנוזיקין, אך לעולם נטל הראיה להוכיח רשלנות רפואית יהא על התובע, והוא לא יוכל להסתייע בכללים ראיתיים הקיימים כיום (כגון 'הדבר מדבר בעד עצמו', פגמים ברישום הרפואי) ההופכים את נטל הראייה כלפי הרופאים הנתבעים; הליכי בירורים פנימיים, הליכי משמעת והדין הפלילי בעניינם של רופאים שהתרשלו בצורה חמורה יישארו בעינם²⁵³.

[252] על פרטי ההצעה והצדקותיה ראה – א. סהר, רפואה ומשפט כח: 22, 2003, והנ"ל, רפואה ומשפט כט: 102, 2003. [253] מ. צור, מכתב לחבר, (1)55, טבת-שבט תשנ"ג, עמ' 9-10; א. שטינברג, הקדמה לאוגדנים "רשלנות רפואית בפסיקה" בעריכת א. גלרט וג. פרישטיק, בהוצאת כרמלספרות משפטית (ללא תאריך), עמ' 1 ואילך.

הע' 199. [249] no fault compensation [250] ראה על כך – American College of Physicians, *Ann Intern Med* 122:466, 1995; .Petersen SK, *Ann Intern Med* 122:462, 1995. וראה סקירה על גישה זו בעולם במאמר י. אזולאי-קורקין, רפואה ומשפט, גיליון 29, 2003, עמ' 16 ואילך. [251] ראה מאמרו של הרב ש. דייכובסקי, תחומין, יז, תשנ"ז, עמ' 327 ואילך.